

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCIANA PEDROSO XAVIER

**A REALIDADE FÁTICA DOS FETOS ANENCÉFALOS E  
A ENCRUZILHADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

CURITIBA

2008

LUCIANA PEDROSO XAVIER

**A REALIDADE FÁTICA DOS FETOS ANENCÉFALOS E  
A ENCRUZILHADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografia,  
Pesquisa e Extensão como requisito parcial à  
conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, Setor  
de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do  
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite

CURITIBA

2008

## TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANA PEDROSO XAVIER

A REALIDADE FÁTICA DOS FETOS ANENCÉFALOS E  
A ENCRUZILHADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite  
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Dr. Elimar Szaniawski  
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 05 de novembro de 2008.

*Dedico esse trabalho ao meu  
amado e saudoso pai.*

## **AGRADECIMENTOS**

Foram muitas as pessoas que contribuíram para a realização do presente trabalho, razão pela qual me sinto muito grata e abençoada.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer aos meus pais, pelo apoio incondicional que me conferiram quando decidi prestar vestibular para o curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Agradeço também a minha irmã Silvia, pelo auxílio nas questões tecnológicas necessárias para a elaboração dessa monografia e à Fernanda Schaefer Rivabem pela correção do projeto que deu início a esse estudo.

Ofereço igualmente meu muito obrigada a minha irmã Marília e ao amigo William Soares Pugliese.

Por fim, expresso meu carinho e minha gratidão ao Guilherme Brenner Lucchesi, companheiro dessa jornada de estudos.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo elucidar algumas questões relativas ao debate sobre a interrupção de gestação em caso de anencefalia. Para tanto, inicialmente são abordados o conceito de anencefalia, seu histórico no Direito brasileiro, sua incidência, suas causas e os perigos que esse tipo peculiar de gravidez representa à gestante. Após, busca-se demonstrar o que são vida e morte para a Medicina e o Direito, bem como evidenciar que, não podendo se falar em vida de um feto anencéfalo, no caso da interrupção de sua gestação, não há colisão entre direitos fundamentais, havendo apenas que se levar em consideração a dignidade da gestante. Em seguida, o tema da anencefalia é estudado sob a ótica do Direito Penal, a fim de se demonstrar a atipicidade da conduta de interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos. Por fim, traçam-se, em linhas gerais, os principais argumentos levantados no decorrer da instrução da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, bem como o papel deste Tribunal no julgamento dos ditos *hard cases*, para, ao final, tecer alguns comentários sobre as expectativas para o julgamento deste caso.

Palavras-chave: aborto; anencefalia; antecipação de parto; eugenia.

## ABSTRACT

The purpose of this paper is to clarify some issues regarding the debate on interruption of pregnancy in cases of anencephaly. To that end, firstly are analyzed the concept of anencephaly, its history in Brazilian Law, its incidence, its causes and the dangers that this particular type of pregnancy represents to pregnant women. Secondly, it is demonstrated what are life and death to Medicine and Law, and also how, not existing life in anencephalic fetuses, there is no collision between fundamental rights, so only the dignity of the pregnant woman must be taken into account. Thirdly, the issue of anencephaly is studied from the viewpoint of Criminal Law, in order to demonstrate that the conduct of therapeutic interruption of pregnancy of anencephalic fetuses is non offensive. Lastly, the main arguments raised during the hearings of the breach of fundamental precept allegation (ADPF) n.º 54, in process before the Brazilian Supreme Federal Court (STF), will be analyzed, as well as the role of this court in the trial of hard cases, to, finally, comment the expectations for the trial and judgment of this case.

Key-words: abortion; anencephaly; childbirth anticipation; eugenics.

## LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - DIAGRAMA DE ANENCEFALIA.....	14
FIGURA 2 - ETAPAS DA EVOLUÇÃO.....	31
FIGURA 3 - GRAVIDEZ ECTÓPICA .....	32



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1 - NOÇÕES PRELIMINARES</b> .....	12
1.1 DADOS PRELIMINARES SOBRE A ANENCEFALIA.....	12
1.2 O TRATAMENTO TRADICIONAL DADO PELO DIREITO BRASILEIRO PARA A QUESTÃO DA ANENCEFALIA.....	15
1.3 INCIDÊNCIA DA ANENCEFALIA NO BRASIL .....	17
1.4 CAUSAS DA ANENCEFALIA .....	18
1.5 DIAGNÓSTICO DA ANENCEFALIA.....	20
1.6 PERIGOS QUE A GESTAÇÃO DE UM ANENCÉFALO REPRESENTA .....	22
1.7 OS DESAFIOS DA TÉCNICA E AS RUPTURAS DAS SOLUÇÕES TRADICIONAIS .....	23
<b>CAPÍTULO 2 - A ANENCEFALIA E O DIREITO À VIDA</b> .....	28
2.1 DIREITO À VIDA .....	28
2.1.1 Teorias que investigam o termo inicial da vida .....	30
2.1.2 Ausência de consenso para a área médica.....	35
2.1.3 Critério jurídico para o início da vida.....	37
2.2 CRITÉRIO MÉDICO E JURÍDICO PARA A MORTE .....	38
2.3 A INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS E O ABORTO EUGÊNICO.....	40
2.4 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS?.....	42
<b>CAPÍTULO 3 - ATIPICIDADE PENAL DA INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS</b> .....	47
3.1 ANENCEFALIA E DIREITO PENAL .....	47
3.2 DIREITO PENAL MÍNIMO E O SISTEMA DE GARANTIAS INSTITUÍDO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	48
3.3 BEM JURÍDICO COMO CRITÉRIO ESSENCIAL PARA A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS .....	50
3.4 A VIDA COMO BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. ANÁLISE DO "CRIME DE ABORTO" .....	51
3.5 DA INADEQUAÇÃO DO TERMO ABORTO PARA OS FETOS ANENCÉFALOS.....	53

3.6	AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL NA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETOS ANENCÉFALOS.....	55
3.7	O IMPERATIVO DE ATIPICIDADE DA INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS E A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS CIDADÃOS.....	58
	<b>CAPÍTULO 4 - A ENCRUZILHADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>60</b>
4.1	OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	60
4.2	EXPERIÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES EM OUTROS PAÍSES ...	63
4.3	INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO .....	65
4.4	AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS NA ADPF N.º 54.....	69
4.4.1	O caso da menina Marcela de Jesus.....	72
4.4.2	A suposta possibilidade de doação de órgãos de anencéfalos .....	73
4.5	PERSPECTIVAS PARA O JULGAMENTO DA ADPF N.º 54.....	74
	<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>79</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>83</b>
	<b>DOCUMENTOS CONSULTADOS .....</b>	<b>89</b>
	<b>ANEXO .....</b>	<b>92</b>

## INTRODUÇÃO

Anencefalia é hoje um dos mais controversos temas do Direito pátrio. Desde o ano de 2004 este tem sido um dos temas mais amplamente debatidos no país. Isso porque, foi nessa data que ocorreu o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde perante o Supremo Tribunal Federal. Nessa ação, defende-se a tese, perante o Pretório Excelso, de que a interrupção terapêutica de gestação em caso de anencefalia não configura crime de aborto.

De um lado, pessoas ligadas a grupos religiosos defendem fervorosamente o direito à vida que teriam estes fetos anencéfalos, mesmo que precária. De outro, defensores do direito de liberdade das gestantes buscam demonstrar que a dignidade da pessoa humana é imperativo constitucional superior ao direito à vida, portanto se deveria respeitar o direito das gestantes que não quisessem passar por desnecessário sofrimento.

Busca-se, portanto, indicar por meio do presente estudo uma possível solução ao impasse jurídico apontado. Dessa forma, inicialmente será abordado o conceito de anencefalia, seu histórico no Direito brasileiro, sua incidência, suas causas e os perigos que esse tipo peculiar de gravidez representa.

Em um segundo momento, analisar-se-á a transdisciplinariedade que o tratamento dos anencéfalos engendra, de forma que será necessário cotejar as regras e princípios expressos, principalmente, na Constituição e no Código Penal. Já no que diz respeito à anencefalia e o Poder Judiciário, apresentar-se-á os principais argumentos invocados tanto para defender a antecipação de gestação de anencéfalos, como para condená-la. A anencefalia também será estudada sob a tônica do Direito Constitucional, sobretudo no que tange ao direito à vida, a uma suposta colisão de direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo, focar-se-á no conteúdo atinente ao Direito Penal, permeando a questão do direito penal mínimo, do bem jurídico *lato sensu*, do bem jurídico vida para se chegar à atipicidade da antecipação de gestação de fetos anencéfalos.

Derradeiramente será evidenciado o importante papel do Supremo Tribunal Federal, verdadeiro tribunal político do Brasil, além das experiências das Cortes

Superiores de outros países e das possíveis perspectivas vislumbradas para o julgamento da ADPF n.º 54.

Finalmente, serão apresentadas as conclusões do trabalho, que caminham para o entendimento de que a antecipação de gestação de anencéfalos é prática permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## CAPÍTULO 1

### NOÇÕES PRELIMINARES

Neste capítulo inicial, pretende-se abordar as noções preambulares acerca do estudo da anencefalia. A necessidade de tratar de tais questões se impõe pelo fato do tema ser transdisciplinar e englobar uma gama variada de áreas do saber.

Um trabalho que não verse sobre as implicações médicas e jurídicas emergentes do diagnóstico de anencefalia não logrará êxito em demonstrar ao leitor os limites e as possibilidades que o tratamento dessa enfermidade encontra no Brasil.

Sendo assim, decidiu-se preliminarmente expor os aspectos gerais da anencefalia, tais como seu conceito e sua conseqüente inviabilidade vital. Em seguida, será feita uma breve incursão a respeito do tratamento tradicional dado pelo direito brasileiro para a questão. Após, será tratada a incidência da anencefalia, suas causas, seu diagnóstico e os perigos que essa gravidez significa. Por fim, será introduzida a problemática quanto à legalidade da interrupção da gestação de fetos anencefálicos, tema que tanto tem se discutido no cenário jurídico atual.

#### 1.1 DADOS PRELIMINARES SOBRE A ANENCEFALIA

Ao consultar a literatura médico-jurídica, constata-se a profusão de definições que a anencefalia recebe, oscilando entre conceituações mais ou menos completas.

Diante de tal abundância, cita-se, a seguir, os conceitos médico e jurídico que se entendeu serem os mais abrangentes e precisos.

A primeira dessas definições é a formulada pelo *National Institute of Neurological Disorders and Stroke*:

Anencefalia é um defeito no tubo neural (uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula e/ou suas coberturas protetivas). O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3.<sup>a</sup> e 4.<sup>a</sup> semana da gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. A anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com essa disfunção nascem sem testa (a parte da frente do cérebro) e sem um *cerebrum* (a área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação). A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos

ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente, e incapaz de sentir dor. Embora alguns indivíduos com anencefalia talvez venham a nascer com um tronco rudimentar de cérebro, a falta de um *cerebrum* em funcionamento permanente deixa fora de alcance qualquer ganho de consciência.<sup>1</sup>

Com relação ao conceito apresentado pelos autores da seara do Direito, destacamos o de Luís Roberto Barroso, que se sobressai dos demais por arrolar as funções das quais os anencéfalos são privados:

A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como 'ausência de cérebro', a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.

Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevivência de no máximo algumas horas após o parto. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa.<sup>2</sup>

Cotejando as definições acima referidas, pode-se dizer que estão presentes em ambas um conjunto mínimo de elementos que permitem a proclamação de haver um consenso na doutrina pátria de que a anencefalia: a) é uma malformação fetal (congênita); b) é ocasionada por um defeito de fechamento do tubo neural que ocorre

---

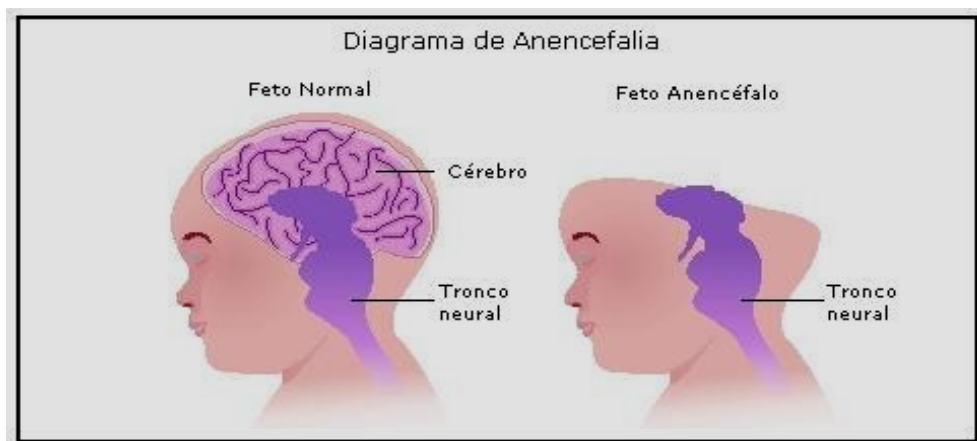
<sup>1</sup> "Anencephaly is a neural tube defect (a disorder involving incomplete development of the brain, spinal cord, and/or their protective coverings). The neural tube is a narrow sheath that folds and closes between the 3rd and 4th weeks of pregnancy to form the brain and spinal cord of the embryo. Anencephaly occurs when the 'cephalic' or head end of the neural tube fails to close, resulting in the absence of a major portion of the brain, skull, and scalp. Infants with this disorder are born without both a forebrain (the front part of the brain) and a cerebrum (the thinking and coordinating area of the brain). The remaining brain tissue is often exposed--not covered by bone or skin. The infant is usually blind, deaf, unconscious, and unable to feel pain. Although some individuals with anencephaly may be born with a rudimentary brain stem, the lack of a functioning cerebrum permanently rules out the possibility of ever gaining consciousness". (NATIONAL INSTITUTE OF NEUROLOGICAL DISORDERS AND STROKE. **Anencephaly information**. Disponível em: <<http://www.anencephaly.net/anencephaly.html>>. Acesso em: 18 nov. 2007.– tradução de Maíra Costa Fernandes (*Interrupção de gravidez de feto anencefálico*, p.114).

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2008. p.158-159.

entre a terceira e quarta semanas de gestação; c) se caracteriza pela ausência total ou parcial do encéfalo e da caixa craniana; d) implica a inviabilidade vital feto.<sup>3</sup>

Ademais, é preciso ressaltar que a tradução literal da expressão "anencefalia" não demonstra com exatidão seu significado. Isso porque tal palavra, ao ser analisada, cinde-se no radical grego *an*, que significa privação de algo, e no sufixo *enkephalos*, sinônimo de cérebro.<sup>4</sup> E, como se pretendeu demonstrar, a anencefalia não implica **necessariamente** ausência total do cérebro. O que ocorre com maior freqüência é a falta dos hemisférios cerebrais, restando intacto, via de regra, o tronco cerebral, na forma ilustrada pela seguinte gravura:

FIGURA 1 - DIAGRAMA DE ANENCEFALIA



FONTE: Disponível em: <[http://www.healthline.com/galeimage?contentId=gend\\_01\\_00029&id=gend\\_01\\_img0009](http://www.healthline.com/galeimage?contentId=gend_01_00029&id=gend_01_img0009)>. Acesso em: 15 abr. 2008.

- <sup>3</sup> Em sentido similar, Zacharias afirma que a anencefalia é uma malformação congênita, por defeito de fechamento do tubo neural, caracterizada pela falta total ou parcial do encéfalo. (ZACHARIAS, Manif. ZACHARIAS, Elias. **Dicionário de medicina legal**. Colaboração de Miguel Z. Sobrinho. 2.ed. rev. amp. São Paulo: IBRASA; Curitiba: Universitária Champagnat, 1991. p.36). Para Dorland, é ausência congênita da caixa cranial, com os hemisférios cerebrais completamente ausentes ou reduzidos a pequenas massas. (DORLAND: Dicionário Médico. 25.ed. Tradução de Paulo Marcos Agria de Oliveira. São Paulo: Roca, 1997. p.39). Já Diniz e Paranhos entendem que a anencefalia "é uma má-formação fetal incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais em virtude de um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não se fecha e o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face. Em linguagem coloquial são chamados 'fetos-rãs', ou fetos sem cérebro." (DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília: ANIS, 2004. p.21). Também nesse sentido, para Greenberg, na anencefalia nem a abóbada craniana, nem o crânio cobrem o cérebro parcialmente destruído. Uniformemente fatal. (GREENBERG, Mark S. **Manual de neurocirurgia**. 5.ed. Tradução de Ane Rose Bolner e Jussara Burnier. Porto Alegre: Artmed, 2003. p.163).
- <sup>4</sup> FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção da gravidez de feto anencefálico: uma análise Constitucional. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.113.

Feitas tais considerações, espera-se ter demonstrado uma compreensão suficiente da anencefalia, no tocante à inviabilidade vital que dela decorre e da reflexão que esta pode ensejar no campo jurídico.<sup>5</sup>

## 1.2 O TRATAMENTO TRADICIONAL DADO PELO DIREITO BRASILEIRO PARA A QUESTÃO DA ANENCEFALIA

Primeiramente, impende ressaltar que anencefalia – no sentido de uma malformação congênita caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana – sempre existiu. Todavia, essa anomalia fetal passou a receber maior atenção da seara jurídica a partir do momento em que os avanços da medicina pré-natal possibilitaram o diagnóstico precoce dessa enfermidade, emergindo então a hipótese de interrupção de tal gestação.

No Brasil, a primeira decisão judicial que autorizou a interrupção de gestação de feto anencéfalo foi proferida em 1991, na comarca de Rio Verde/MS, pelo magistrado Rodrigues Brito.

Já no ano seguinte, o Juiz de Direito da Vara Criminal de Londrina, Miguel Kfoury Neto, atualmente Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, também concedeu autorização para uma gestante de feto anencéfalo interromper a gravidez.<sup>6</sup>

Até o ano de 2004, o panorama era de mais de três mil pedidos de interrupção de gestação de feto anencéfalo concedidos, sendo que esse montante contabiliza apenas o número aproximado de pedidos ajuizados para tal fim, não correspondendo à totalidade de interrupções já realizadas no país.<sup>7</sup>

É imperioso, logo, reconhecer que se trata de uma prática consolidada há mais de quinze anos pelo Judiciário brasileiro. Somente no ano de 2004, cerca de treze anos após a primeira autorização de que setem notícia, uma demanda envolvendo a interrupção de gestação de feto anencefálico atingiu a mais alta Corte brasileira.

---

<sup>5</sup> Esclarece-se que a anencefalia é uma anomalia fetal incompatível com a vida e não uma deficiência, tal como defendem alguns. Esta celeuma será elucidada no Capítulo 2, item 2.1.

<sup>6</sup> CÚPULA da Igreja Católica no Brasil reage à liminar que permite interrupção de gravidez. **Gazeta do Povo**, Curitiba, p.15.

<sup>7</sup> DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia**: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: ANIS, 2004. p.7.



O Supremo Tribunal Federal analisou um caso de anencefalia pela primeira vez em 26 de fevereiro de 2004. Tratava-se do *Habeas Corpus* n.º 84.025-6/RJ, mais conhecido como "caso Gabriela". Após uma longa batalha judicial, o *writ* perdeu seu objeto, pois, no exato momento em que era julgado, o Superior Tribunal Federal foi informado que o bebê já estava morto, tendo resistido apenas sete minutos após o parto. A criança foi então batizada "Maria Vida".

O lamentável desfecho desse julgamento incentivou a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde<sup>8</sup> a ajuizar perante o Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, por meio da qual se pretende a interpretação dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal conforme a Constituição, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito aos direitos fundamentais à liberdade e à saúde da gestante (Constituição Federal artigos 1.º, inciso VI, 5.º, inciso II, 6.º, *caput*, e 196), para o fim de que estes não incidissem sobre a hipótese de anencefalia. Em outras palavras, pediu-se que a interrupção de gestação de feto anencéfalo não fosse qualificada como aborto.<sup>9</sup>

Em 1.º de julho de 2004 foi concedida liminar pelo Relator da arguição, Ministro Marco Aurélio de Mello, a qual desobrigava médicos e mulheres grávidas de fetos anencefálicos a buscarem autorização judicial para antecipar o parto.

Após cerca de quatro meses, em Sessão Conjunta do Supremo Tribunal Federal, a liminar anteriormente concedida foi cassada por sete votos contra quatro.<sup>10</sup> Contudo, permaneceu em vigor a suspensão dos processos que tramitavam contra profissionais da área médica.

Em decorrência da cassação da liminar, instaurou-se um caloroso debate na sociedade brasileira, que recebeu ampla cobertura da mídia. As opiniões veiculadas na imprensa a respeito da anencefalia foram as mais variadas.

Para alguns, a decisão de derrubar a liminar foi uma verdadeira "expressão de um retrocesso" cometido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que teriam sido

---

<sup>8</sup> A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde é entidade sindical que conta com mais de um milhão de filiados em todo país. Para maiores detalhes, acessar: <<http://www.cnts.org.br>>.

<sup>9</sup> BARROSO, Luis Roberto. Petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 54. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tomo III. p.559-601.

<sup>10</sup> Votaram no sentido de manter a liminar os Ministros Marco Aurélio de Mello (Relator), Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Já em sentido contrário votaram Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Nelson Jobim.

influenciados por motivos religiosos. Ainda nesse sentido, conjecturou-se que essa decisão preliminar seria indicativa de que, no mérito, a ADPF seria julgada improcedente.<sup>11</sup>

Para outros, sobretudo membros da Igreja Católica, a medida fora acertada, pois o Supremo teria finalmente reconhecido que o caso de fetos anencéfalos também seria modalidade abortiva, prática atentatória contra a sacralidade da vida humana.

De qualquer forma, no período em que a liminar permaneceu vigente, tem-se notícia de que ao menos 24 grávidas de fetos anencéfalos puderam realizar a interrupção da gestação sem a necessidade de autorização judicial.<sup>12</sup>

A ADPF n.º 54 foi levada a julgamento pela última vez em 27 de abril de 2005. Nesta data, decidiu-se pelo cabimento da via processual eleita (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) e determinou-se o retorno dos autos ao Relator, para que esse examinasse a aplicabilidade do artigo 6.º, § 1.º, da Lei n.º 9.882/99 ao caso.

Posteriormente, o derradeiro acontecimento levado a efeito nesses autos foi a realização de três audiências para a consulta da sociedade acerca da anencefalia, realizadas aos dias 26 e 28 de agosto e 04 de setembro de 2008.<sup>13</sup>

Até o presente momento, o mérito da ação não foi julgado.

### 1.3 INCIDÊNCIA DA ANENCEFALIA NO BRASIL

Conforme a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), a incidência da anencefalia é de um caso a cada 1.000 nascimentos.<sup>14</sup> Tal estatística

---

<sup>11</sup> PETRY, André. Sem aborto, com dor. **Revista Veja**, São Paulo, v.37, n.43, p.244, 27 out. 2004.

<sup>12</sup> "Como não há um registro oficial, os dados são parciais e foram levantados com médicos e hospitais de referência. No Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e São Paulo foram ao menos 16 casos, de acordo com Thomaz Gollop, especialista em medicina fetal e professor da Universidade de São Paulo (USP), que acompanha os casos há cerca de 15 anos. No Instituto Fernandes Figueira, da Fundação Oswaldo Cruz, no Rio, foram atendidos seis casos, segunda a médica Dafne Horowitz, que acompanha essas gestações no instituto." (APÓS liminar, 24 mulheres fizeram aborto de feto sem cérebro. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 20 out. 2004, p.7).

<sup>13</sup> As audiências serão relatadas com maior profundidade no Capítulo IV.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ, Ricardo Ramires. Anencefalia: um estudo epidemiológico de treze anos na cidade de Pelotas. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.10, n.1, p.186, jan./mar. 2005; BORJA-ABURTO, Victor Hugo et al. Dificultades em los métodos de estudio de exposiciones ambientales y defectos del tubo neural. **Salud Pública de México**, v.41, Supl. 2, p.S125, 1999.

coloca o Brasil na quarta colocação do ranking de ocorrência de fetos com anencefalia da Organização Mundial da Saúde (OMS).<sup>15</sup>

A título de ilustração, nos Estados Unidos "[...] a prevalência da anencefalia varia de 1 a cada 1.000 ou 2.000 nascimentos, com aumento da freqüência do Oeste para o Leste". Já no México, "[...] *uno de cada 50 recién nacidos vivos, y uno de cada nueve nacidos muertos, presentan una o más malformaciones mayores o menores*".<sup>16</sup>

Dessa forma, considerando que no Brasil o número de nascimentos gira em torno de três milhões por ano, poder-se-ia dizer que a cada ano são gerados 1.875 fetos anencéfalos, número expressivo e que justifica ser dada maior atenção a esta malformação fetal.

Outrossim, observa-se que um casal que já concebeu um anencéfalo tem de 25 a 50 vezes mais chance de em uma gravidez futura gerar novamente um feto portador dessa anomalia fetal.<sup>17</sup>

#### 1.4 CAUSAS DA ANENCEFALIA

O defeito de fechamento do tubo neural que ocasiona a anencefalia pode ser desencadeado por fatores de duas ordens: a) genéticos; b) ambientais.

No dizer de Fernández e outros, "a anencefalia, como outras formas de defeitos do tubo neural, geralmente segue um modelo multifatorial de transmissão com a interação de múltiplos genes, bem como fatores ambientais".<sup>18</sup>

Com relação aos fatores genéticos, crê-se que a anencefalia está associada a um defeito no cromossomo X – daí porque ser mais freqüente em fetos do sexo feminino, que possuem duas vezes mais chance de desenvolver essa enfermidade.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> CONSELHO apóia aborto em casos de feto sem cérebro. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 20 ago. 2004, Caderno Brasil, p.14.

<sup>16</sup> BORJA ABURTO, Víctor Hugo; BERMÚDEZ CASTRO, Oscar; LACASAÑA NAVARRO, Marina; KURI, Pablo; BUSTAMANTE MONTES, Patricia; TORRES MEZA, Víctor. Dificultades en los métodos de estudio de exposiciones ambientales y defectos del tubo neural. **Salud Pública de México**, v.41, supl. 2, p.S124-S131, 1999. Disponível em: <[https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource\\_ssm\\_path=/media/assets/spm/v41s2/v41s2a08.pdf](https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/spm/v41s2/v41s2a08.pdf)>. Acesso em: 06 nov. 2007.

<sup>17</sup> AGUIAR, Marcos J. B. et al. Defeitos de fechamento do tubo neural e fatores associados em recém-nascidos vivos e natimortos. **Jornal de Pediatria**, v.79, n.2, p.130, 2003.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ, Ricardo Ramires. Anencefalia: um estudo epidemiológico de treze anos na cidade de Pelotas. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.10, n.1, p.186, jan./mar. 2005.

<sup>19</sup> ANDALAF NETO, Jorge. **Anencefalia**: posição da FEBRASGO. p.1. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>>. Acesso em: 07 set. 2006.

Já no que tange aos aspectos ambientais, constatam-se diversos fatores que podem gerar a concepção de um feto anencefálico. Assim:

De particular importância resultam as exposições ocupacionais de homens e mulheres a uma quantidade cada vez maior de substâncias químicas que se utilizam na indústria e na agricultura. As mulheres se incorporam, de maneira crescente, à força laboral; um grande número delas o faz na etapa reprodutiva da vida, o que possivelmente ocasione uma maior quantidade de efeitos reprodutivos em risco.<sup>20</sup>

A carência de ácido fólico é apontada pelos profissionais da área da saúde como sendo a causa mais comum a ensejar a anencefalia. Tal substância é uma vitamina do complexo B presente em frutas cítricas e vegetais de folhas verdes.<sup>21</sup>

Vale dizer que é possível prevenir a anencefalia ingerindo comprimidos contendo a dosagem recomendada de ácido fólico a partir de ao menos três meses antes do início da gravidez.<sup>22</sup>

Como bem sintetizado por Aguiar e outros:

O ácido fólico é o fator de risco para os DFTN [*defeitos de fechamento do tubo neural*] mais importante identificado até hoje. O exato mecanismo como o ácido fólico está envolvido na embriogênese do tubo neural é ainda desconhecido. Sabe-se que a suplementação periconcepcional e durante o primeiro trimestre de gravidez tem reduzido tanto o risco de ocorrência como o risco de recorrência para os DFTN em cerca de 50 a 70%. O CDC recomenda para mulheres que estejam planejando uma gravidez com história familiar negativa de DFTN a dose de 0,4 mg/dia. Para mulheres com alto risco, com história prévia de filhos com DFTN, a recomendação é de 4 mg/dia.<sup>23</sup>

Tendo em vista que, como dito acima, a anencefalia pode ser prevenida com a ingestão de ácido fólico, louva-se a iniciativa da Agência Nacional de Vigilância

---

<sup>20</sup> Tradução livre de: "*De particular importancia resultan las exposiciones ocupacionales de hombres y mujeres a una cantidad cada vez mayor de substancias químicas que se utilizan en la industria y la agricultura. Las mujeres se incorporan, de manera creciente, a la fuerza laboral; un gran número de ellas lo hacen en la etapa reproductiva de la vida, lo cual posiblemente ocasione una mayor cantidad de eventos reproductivos en riesgo.*" (BORJA-ABURTO, Victor Hugo et al. Dificultades en los métodos de estudio de exposiciones ambientales y defectos del tubo neural. **Salud Pública de México**, v.41, Supl. 2, p.S125-S131, 1999).

<sup>21</sup> GAFARE, Claudia E. **Ácido fólico uma vitamina essencial para a vida**. Disponível em: <[http://www.ultrasom3d.com/materias/acido\\_folico/acido\\_folico.htm](http://www.ultrasom3d.com/materias/acido_folico/acido_folico.htm)>. Acesso em: 03 fev. 2008.

<sup>22</sup> NITRINI, Ricardo. **A neurologia que todo médico deve saber**. São Paulo: Atheneu, 2005. p.418.

<sup>23</sup> AGUIAR, Marcos J. B. et al. Defeitos de fechamento do tubo neural e fatores associados em recém-nascidos vivos e natimortos. **Jornal de Pediatria**, v.79, n.2, p.130, 2003.

Sanitária (ANVISA), que determinou que fosse adicionado a cada 100 g de farinha de trigo, no mínimo, 150 microgramas de ácido fólico, para prevenir a má-formação do tubo neural em fetos.<sup>24,25</sup>

## 1.5 DIAGNÓSTICO DA ANENCEFALIA

Após se ter abordado as causas que acarretam a anencefalia, impende esclarecer como, uma vez ocorrida, esta pode ser diagnosticada.

Destacam-se dois exames médicos que podem atestar a presença dessa malformação fetal. O primeiro deles é o ultrassom, que se caracteriza por ser "um método auxiliar de diagnóstico baseado no registro gráfico de ecos de ultra-sons que são emitidos e captados por um aparelho especial que emite as ondas e capta os seus reflexos, fazendo também o seu registro gráfico (ecograma)".<sup>26</sup>

Este procedimento pode ser realizado a partir da décima terceira semana de gestação "através de uma sonda externa que permite um estudo morfológico preciso, incluindo-se a visualização, e.g., da caixa craniana do feto".<sup>27</sup>

Outro exame também indicado para essa finalidade é o da dosagem da alfa-feto proteína presente no líquido amniótico da gestante, substância cuja presença será muito elevada no quarto mês de gravidez.<sup>28</sup>

A ultra-sonografia de rotina durante a gestação faz parte do programa pré-natal do Sistema Único de Saúde, de forma que estará acessível a todas as gestantes

---

<sup>24</sup> Ver: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/informes/2002/120602.htm>>.

<sup>25</sup> Para maiores informações sobre o ácido fólico, consultar: RODRIGUEZ, Gisela Pita. **Acido fólico y vitamina B12 en la nutrición humana**. 1998. Disponível em: <[http://bvs.sld.cu/revistas/ali/vol12\\_2\\_98/ali07298.htm](http://bvs.sld.cu/revistas/ali/vol12_2_98/ali07298.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2007; VIEIRA, Alexandre R.; TAUCHER, Silvia Castillo. Edad materna y defectos del tubo neural: evidencia para um efecto mayor em espina bífida que anencefalia. **Revista Médica del Chile**, n.133, p.62-70, 2005.

<sup>26</sup> COUTINHO, A. Céu. **Dicionário enciclopédico de medicina**, p.748; GREENBERG, Mark S. **Manual de neurocirurgia**. 5.ed. Tradução de Ane Rose Bolner e Jussara Burnier. Porto Alegre: Artmed, 2003. p.164; NITRINI, Ricardo. **A neurologia que todo médico deve saber**. São Paulo: Atheneu, 2005. p.418.

<sup>27</sup> BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2008. p.159.

<sup>28</sup> O diagnóstico da anencefalia "pode ser feito através do ultrassom durante a gestação e dosagem de alfa-feto proteína, no líquido amniótico, cujos valores estarão aumentados, através da amniocentese, entre a 14.<sup>a</sup> e 16.<sup>a</sup> semanas de gestação." (AGUIAR, Marcos J. B. et al. Defeitos de fechamento do tubo neural e fatores associados em recém-nascidos vivos e natimortos. **Jornal de Pediatria**, v.79, n.2, p.130, 2003).

do país.<sup>29</sup> Seu custo médio em Curitiba gira em torno de R\$ 98,00 (noventa e oito reais) para pacientes particulares.<sup>30</sup>

Já o da dosagem da alfa-feto proteína não está englobado pelo SUS, devendo ser arcado pela gestante e importará no gasto de R\$ 60,00.<sup>31</sup>

A importância da realização dos exames mencionados se verifica na medida em que: "Devido à gravidade dos DFTN e sua alta morbimortalidade, tornam-se muito importantes o aconselhamento genético, a suplementação dietética com ácido fólico e o diagnóstico pré-natal das malformações do tubo neural".<sup>32</sup>

Derradeiramente, com relação à certeza do diagnóstico, crê-se ser recomendável a realização de ao menos três exames em clínicas diferentes, com o intuito de afastar eventuais equívocos.

É este também o entendimento do Conselho de Medicina do Estado da Paraíba (corroborada pelos Conselhos de outros Estados), o qual julgou ético o procedimento de interrupção de gestação de anencéfalo e aconselha que:

Os exames complementares de diagnóstico, de uma forma geral, apresentam uma margem de erro. As falhas podem ser oriundas de interpretação equivocada de imagens (erro humano) ou decorrentes do maior ou menor nível de resolutividade do equipamento de ultra-sonografia. Neste sentido, é prudente que o diagnóstico seja confirmado por pelo menos duas ultra-sonografias, conforme preceitua um dos expoentes do estudo da Bioética o Conselheiro Marco Segre do Conselho Regional de Medicina de São Paulo.<sup>33</sup>

Conclui-se, portanto, que o diagnóstico da anencefalia é dotado de certeza e que é acessível à grande parcela da população brasileira.

---

<sup>29</sup> Para maiores informações sobre o programa pré-natal do SUS, acessar: <<http://www.saude.gov.br>>.

<sup>30</sup> Para determinar o custo médio na cidade de Curitiba, foram consultadas as clínicas a seguir, com os seguintes preços (cotados em maio de 2008): X-LEME Serviços de Radiologia Clínica S/S Ltda – R\$ 72,00; IMAGE ULTRA-SONOGRAFIA – R\$ 60,00; IMMEF - Curitiba Instituto da Mulher e Medicina Fetal R\$ 150,00; A. WALLBACH Clínica Radiológica R\$ 110.

<sup>31</sup> O exame de dosagem da alfa-feto proteína apresenta, em geral, custo mais baixo (preços consultados em maio de 2008): Laboratórios Frischmann Aisengart R\$ 80,70; GR Análises Clínicas e toxicológicas R\$ 50,00 e Champagnat Laboratorio de Analises Clinicas Ltda R\$ 40,00; Laboran Analises Clinica R\$ 33,00.

<sup>32</sup> AGUIAR, Marcos J. B. et al. Defeitos de fechamento do tubo neural e fatores associados em recém-nascidos vivos e natimortos. **Jornal de Pediatria**, v.79, n.2, p.130, 2003.

<sup>33</sup> Disponível em: <<http://www.crm-pb.org.br>>. Acesso em: 03 fev. 2008.

## 1.6 PERIGOS QUE A GESTAÇÃO DE UM ANENCÉFALO REPRESENTA

A gestação de um feto anencéfalo se diferencia sobremaneira de uma gravidez normal, uma vez que aquela oferece uma série de perigos à saúde materna, decorrentes das condições médicas especiais desse feto.

É evidente que qualquer gestação representa potenciais riscos à saúde materna, mas, como se irá expor, a de um feto anencefálico apresenta risco muito mais acentuado à integridade física e corporal da gestante.

Isto ocorre pois há 50% de chance de haver excesso de líquido amniótico no útero materno, fenômeno denominado Polihidrâmnio, ocasionado pela falta de deglutição de tal líquido pelo feto, que, por possuir um defeito no tubo neural, não consegue desempenhar essa função.<sup>34</sup>

Igualmente, há, em termos estatísticos, 25% de chance de ocorrer uma doença hipertensiva na gravidez, que poderá evoluir para eclampse, uma das mais graves complicações obstétricas, que é a "ocorrência de uma ou mais convulsões não atribuíveis a outros distúrbios cerebrais, como epilepsia ou hemorragia cerebral".<sup>35</sup>

Ademais, o trabalho de parto tende a ser mais demorado que o de um parto normal. Enquanto neste a duração média do trabalho de parto é de 6 a 8 horas, em caso de anencefalia a duração média é de 14 a 18 horas, praticamente o dobro do tempo previsto para uma gestação normal.

O Dr. Andalaft Neto, Presidente da Comissão Nacional de Violência Sexual e Interrupção da Gestação Prevista em Lei, explica, em síntese precisa, as complicações obstétricas que podem ocorrer durante e após um parto de feto anencéfalo:

Nos casos em que se observa a associação com o polihidrâmnio e o trabalho de parto prolongado é de 3 a 5 vezes maior a incidência de hipotonia uterina e hemorragia no pós-parto. Pelo fato da mulher não amamentar, também a evolução uterina é mais lenta, suscitando sangramentos às vezes de grande monta no puerpério. Com relação aos períodos do parto, nota-se que, em geral, a fase de dilatação e de expulsão fetal são mais demoradas. Deve ser observado que nos casos onde há cicatrizes uterinas anteriores (cesarianas), a estimulação do parto deve ser criteriosa e muito cuidadosa e, pois, é bastante comum a incidência de apresentações anômalas com chance aumentada de rotura uterina. A escolha do parto é sempre difícil com preferência

---

<sup>34</sup> NITRINI, Ricardo. **A neurologia que todo médico deve saber**. São Paulo: Atheneu, 2005. p.418.

<sup>35</sup> STEDMAN, Thomas Lathrop. **Dicionário médico**. 27.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003. p.500.

ao parto por via vaginal, mesmo sendo mais penoso. É recomendável, além da cobertura antibiótica, manter ocitócitos por via endovenosa diluído em soro fisiológico ou glicosado nas primeiras 6 horas após o parto, para evitar a atonia uterina.<sup>36</sup>

Nessa toada, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO emitiu parecer no qual arrola os inúmeros riscos que a gravidez de um anencéfalo pode representar para a saúde da gestante:

As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstétrica nos tem mostrado que: A) a manutenção da gestação de feto anencéfalo tende a se prolongar além de 40 semanas. B) sua associação com o polihidrâmnio (aumento do volume do líquido amniótico) é muito freqüente. C) associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). D) associação com vasculopatia periférica de estase. E) alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo. G) necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) maior incidência de infecções pós-cirurgias devido às manobras obstétricas do parto de termo.<sup>37</sup>

Sendo assim, deduz-se que a gravidez de feto anencéfalo representa perigo mais acentuado para a gestante, a qual poderá desenvolver diversas complicações médicas antes, durante ou depois do parto, sem perder de vista que todo esse sacrifício será feito em nome de um feto cujas chances de sobrevivência após o parto são nulas.

## 1.7 OS DESAFIOS DA TÉCNICA E AS RUPTURAS DAS SOLUÇÕES TRADICIONAIS

Conforme se abordou no item 1.2, o tratamento tradicional dado pelo direito brasileiro para a questão da anencefalia consistia no seguinte procedimento: a) inicialmente, a gestante se submetia aos exames de rotina do programa pré-natal, e, em determinado momento, era diagnosticado que o seu feto era portador da

---

<sup>36</sup> ANDALAF NETO, Jorge. **Anencefalia**: posição da FEBRASGO. p.3. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>>. Acesso em: 07 set. 2006.

<sup>37</sup> Disponível em <[www.febrasgo.org.br/](http://www.febrasgo.org.br/)>. Acesso em: 10 fev. 2008.



anencefalia – uma anomalia fetal ocasionada por um defeito de fechamento do tubo neural e que torna inviável a sobrevivência do feto; b) realizado o diagnóstico, cabia à gestante escolher entre duas possíveis soluções: a primeira delas, levar a termo essa gravidez, sujeitando-se aos inúmeros perigos e desconfortos que dessa decorrem, ou, como segunda opção, optar pela interrupção dessa gestação, haja vista que o seu conceito já estaria fadado à morte prematura.

Caso optasse por interromper a gravidez, a gestante necessitaria recorrer ao Judiciário com o intuito de obter alvará judicial para que pudesse se submeter à cirurgia de extirpação desse feto.

Nesse caso, é preciso ser apresentado um relatório médico detalhado que esclareça ser o feto portador de anencefalia, uma enfermidade incompatível com a vida extra-uterina, e que solicite ao juiz titular da vara competente a autorização para interromper a gestação. Além disso, devem ser anexados ao pedido exames de ultra-som (ao menos dois) que comprovem que o feto é portador de anencefalia e um laudo de avaliação psicológica que ateste que a continuidade da gravidez trará efeitos negativos para a gestante.<sup>38</sup>

Ocorre que, ainda que a jurisprudência<sup>39</sup> brasileira totalize mais de 3.000 autorizações para antecipação de parto de anencéfalos, o procedimento acima narrado pode acarretar inúmeras distorções que acabam por prejudicar a gestante que deseja interromper precocemente a gravidez, bem como os profissionais da saúde que executarão o procedimento de extirpação do feto anencefálico.

Isso porque, embora haja inúmeros precedentes favoráveis à interrupção de gestação de fetos anencéfalos, estes não possuem força vinculante, de forma que o deferimento do alvará para a realização da cirurgia, em última instância, depende apenas da convicção do juiz competente para apreciar o pedido.

Um bom exemplo da insegurança que permeia tal procedimento judicial pode ser verificado a partir do trâmite do "Caso Gabriela".

Gabriela, representada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ingressou em 06 de novembro de 2003, perante o Juízo criminal de Teresópolis, com pedido de autorização judicial (Autos n.º 2003.061.007746-1) para interrupção

---

<sup>38</sup> ANDALAF NETO, Jorge. **Anencefalia**: posição da FEBRASGO. p.3. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>>. Acesso em: 07 set. 2006.

<sup>39</sup> Aqui utilizada no sentido de conjunto de decisões judiciais proferidas sobre determinado assunto.

de gestação de feto anencéfalo com base em exames médicos que atestavam que o feto era portador de anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina.

Em 07 de novembro de 2003 o pedido foi indeferido liminarmente pelo Juízo de Direito de Teresópolis, ante a ausência da exclusão de ilicitude dessa hipótese no rol do artigo 128 do Código Penal.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro apelou dessa decisão e, aos 19 dias do mês de novembro de 2003, a Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, concedeu medida liminar autorizando a realização da cirurgia.<sup>40</sup>

Todavia, logo no dia seguinte, os advogados Carlos Brasil (desembargador aposentado do TJRJ) e Paulo Silveira Martins Leão Junior interpuseram agravo regimental à Segunda Câmara Criminal. Por sua vez, o Presidente da referida Câmara suspendeu *si et in quantum* a decisão da Desembargadora Gizela Teixeira. Cinco dias mais tarde, o agravo regimental foi desprovido, sendo mantida a autorização para a realização da cirurgia.<sup>41</sup>

Ocorre que, em 21 de novembro de 2003, isto é, antes mesmo da decisão do Tribunal carioca acerca do agravo regimental, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, Presidente da Associação Pró-Vida de Anápolis, Goiás, impetrou perante o Superior Tribunal de Justiça um mandado de *habeas corpus* em favor do feto anencéfalo que portava Gabriela.<sup>42</sup> Em 25 de novembro de 2003 a Ministra Laurita Vaz concedeu liminar para sustar a decisão do TJRJ até o julgamento final do recurso pelo STJ.

Em 18 de fevereiro de 2004, o STJ julgou em caráter definitivo a ordem *habeas corpus*, tendo decidido pela impossibilidade da extirpação do feto anencéfalo.

Em virtude da negativa de autorização, em 26 de fevereiro de 2004 as organizações não-governamentais Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero (THEMIS) impetraram

---

<sup>40</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 2003.050.05208.

<sup>41</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal. Agravo Regimental nos autos de apelação criminal n.º 2003.050.05208. Agravantes: CARLOS BRAZIL, OAB/RJ n.º 121.091, e PAULO SILVEIRA MARTINS LEO JUNIOR, OAB/RJ n.º 33.678. Decisão em 25/11/2003: julgou-se improcedente o Agravo interposto.

<sup>42</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5.<sup>a</sup> Turma. *Habeas corpus* n.º 32.159/RJ (2003/0219840-5).

perante o Supremo Tribunal Federal *writ* de *habeas corpus* em favor de Gabriela, com fundamento na violação de seu direito à saúde, à liberdade e à dignidade.<sup>43</sup>

Quando do julgamento do citado remédio constitucional (em 04 de março de 2004), mais precisamente no momento em que o Ministro Joaquim Barbosa proferia seu voto, o Tribunal foi avisado que o feto anencéfalo já havia nascido há cinco dias e falecido sete minutos após o parto, de modo que o *writ* havia perdido o objeto.

Embora a ordem tenha sido prejudicada pela perda de objeto, três Ministros expuseram seus votos, nos quais, de maneira geral, lamentaram a tortuosa vereda enfrentada por Gabriela, que oscilou diametralmente entre a concessão de autorização e a proibição para a realização da cirurgia de interrupção de gestação de feto anencéfalo.

Logo, pelo exemplo acima restou assinalado que a solução tradicional oferecida para as gestantes grávidas de fetos anencéfalos é insuficiente e deficitária, haja vista não trazer segurança jurídica e nem igualdade de tratamento para tais mulheres.

Da mesma forma, problema semelhante ocorre com os profissionais da área da saúde. É freqüente a situação de uma gestante de feto anencéfalo – já de posse de uma autorização judicial – ser encaminhada a um hospital para realizar a interrupção da gestação e se deparar com a hesitação de médicos e enfermeiros em realizar tal ato médico por temerem serem responsabilizados por uma conduta criminosa.<sup>44</sup>

Por isso mesmo, [...] o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal tornou-se indispensável na matéria, que tem profundo alcance humanitário, para libertá-la de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstáculos à atuação dos profissionais de saúde.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> CARVALHO, Tereza Robichez de. **A antecipação terapêutica de parto na hipótese de anencefalia fetal**: estudo de casos do instituto Fernandes Figueira e a interpretação constitucional do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.27.

<sup>44</sup> Como bem assinalado por Juarez Cirino dos Santos, em que pese este se refira especificamente à hipótese de aborto: "O abortador com formação médica experienta, em geral, certas angústias pelo conflito entre sua condição profissional e social, anseia por contatos e apoio da classe, considera-se médico e não criminoso, e, acessoriamente, é vítima de impulsos contraditórios entre as preocupações reais pela paciente e a necessidade de segurança pessoal; [...]." (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Aborto, a política do crime. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, v.25, p.20, jan./jun. 1978).

<sup>45</sup> BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2008. p.160.

Logo, é imprescindível haver uma solução jurídica definitiva para a anencefalia no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que exista o risco de tal decisão final ser contra a tese defendida no presente trabalho, entende-se que ao menos as gestantes de fetos anencéfalos do Brasil terão paridade de tratamento, além de não ficarem à mercê dos posicionamentos pessoais dos julgadores.

## CAPÍTULO 2

### A ANENCEFALIA E O DIREITO À VIDA

#### 2.1 DIREITO À VIDA

Devido à sua grande relevância, o direito à vida tem status constitucional, sendo protegido no *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. (Grifou-se).

Tal dispositivo faz parte do "leque de matérias consideradas como cerne material da ordem constitucional"<sup>46</sup>, de forma a constituir **cláusula pétrea** da Constituição Federal de 1988. Assim, na medida em que o direito à vida faz parte do núcleo rígido da Constituição, trata-se de matéria não sujeita ao poder de revisão.<sup>47</sup>

Como bem assevera André Ramos Tavares:

De outra parte, existem as chamadas cláusulas constitucionais pétreas. Inserem-se na mesma noção de normas de alta relevância, porque, nesse caso, foram dotadas também de uma garantia especial: a imutabilidade. Quando a Constituição preceitua que não poderá ser objeto de emenda constitucional a proposta tendente a abolir: 'I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos poderes; **IV – os direitos e as garantias individuais**' (§ 4.º do art. 60), 'o que finalmente propicia é uma proteção agregada em benefício de certas partes da Carta que o constituinte considerou credoras de um *plus* de segurança. [...] Quer isto dizer que implicitamente se reconhece a estes uma certa importância, a suficiente para endurecer seus mecanismos de garantia.<sup>48,49</sup> (Grifou-se).

---

<sup>46</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1064.

<sup>47</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1064.

<sup>48</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.95

<sup>49</sup> Artigo 60 da Constituição Federal de 1988: § 4.º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; **IV - os direitos e garantias individuais**.

Logo, a importância do direito à vida se deve ao fato de que este "[...] constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos", como bem explica José Afonso da Silva.<sup>50</sup> Referido autor também esclarece que o direito à vida compreende o direito à existência, entendido como o direito de estar e de permanecer vivo.<sup>51</sup>

Nessa toada, a Constituição Federal de 1988 optou por garantir o direito à vida sem, no entanto, defini-lo. A omissão do termo inicial da vida é compreensível, haja vista a dificuldade de se estabelecer um consenso sobre o tema no âmbito da elaboração da Constituição na Assembléia Nacional Constituinte. Todavia, não se pode negar que o silêncio da Carta Política brasileira engendra uma polêmica muito grande no que tange a determinação de quando se dá **o início da vida**.<sup>52</sup>

A atribuição de contornos mais nítidos ao termo inicial da vida humana representa inúmeras consequências para o ramo do direito. Para além do tema em apreço, objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, há outros casos também pendentes no Judiciário por conta dessa indeterminação conceitual. Dentre estes, cita-se, a título de ilustração, as discussões acerca da suposta legalidade da prática abortiva e seus limites temporais – isto é, até que mês de gestação seria lícita a prática abortiva, caso se afirmasse sua legalidade –, da permissão para o desenvolvimento de pesquisas com células-tronco embrionárias e da clonagem terapêutica de células e órgãos.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p.197.

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p.198.

<sup>52</sup> Antônio Chaves cita Roberto da Silva Vidal Martins, que tece pertinente comentário acerca do tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 para o direito à vida: "Tivemos uma Constituição omissa, que legislou sobre o acessório e evitou o principal. O direito à vida, desde a concepção, paradoxalmente, não foi protegido e vale muito mais do que os Direitos Patrimoniais." (MARTINS, Roberto Vidal da Silva. *Direito de viver merece maior proteção das leis*. apud CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2.ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.14).

<sup>53</sup> A legalidade do aborto foi discutida no Projeto de Lei n.º 1.135/1991, de autoria do ex-Deputado Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho, do PT-SP, cuja última votação ocorreu em 17/07/2008, resultando em seu arquivamento. Já as temáticas das pesquisas com células-tronco embrionárias e da clonagem terapêutica de células e órgãos foram objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 28 de maio de 2008, como adiante será exposto.

### 2.1.1 Teorias que investigam o termo inicial da vida

Inicialmente, cumpre salientar que uma definição completa sobre o direito à vida implicaria na investigação de aspectos religiosos, filosóficos, sociológicos, entre outros, o que transcenderia o objeto do presente trabalho.

Sendo assim, limitar-se-á a dizer que, segundo Francisco Amaral, a vida consiste no:

[...] fenômeno unitário e complexo, uma totalidade unificada de tríplice aspecto, o biológico, o psíquico e o espiritual. Biologicamente, é o processo de atividade orgânica e de transformação permanente do indivíduo, desde a concepção até a morte. Psicologicamente, é a percepção do mundo interno e externo ao indivíduo. Espiritualmente, significa inteligência e vontade.<sup>54</sup>

A seguir, far-se-á uma breve análise das principais teorias que se ocupam em investigar o início da vida humana, com o objetivo de averiguar em qual dessas propostas a anencefalia está inserida.

Para a teoria *da fecundação*, a vida humana teria início com a junção dos gametas feminino (óvulo) e masculino (espermatozóide).<sup>55</sup> Essa união ocorre nas trompas de falópio (tuba uterina) e a partir daí se iniciaria a vida humana.<sup>56</sup>

Essa teoria pode ser representada pela figura abaixo, a qual demonstra o ciclo reprodutivo humano nas etapas de ovulação, fusão dos gametas nas trompas de falópio e a posterior migração do zigoto para sua implantação no útero materno:

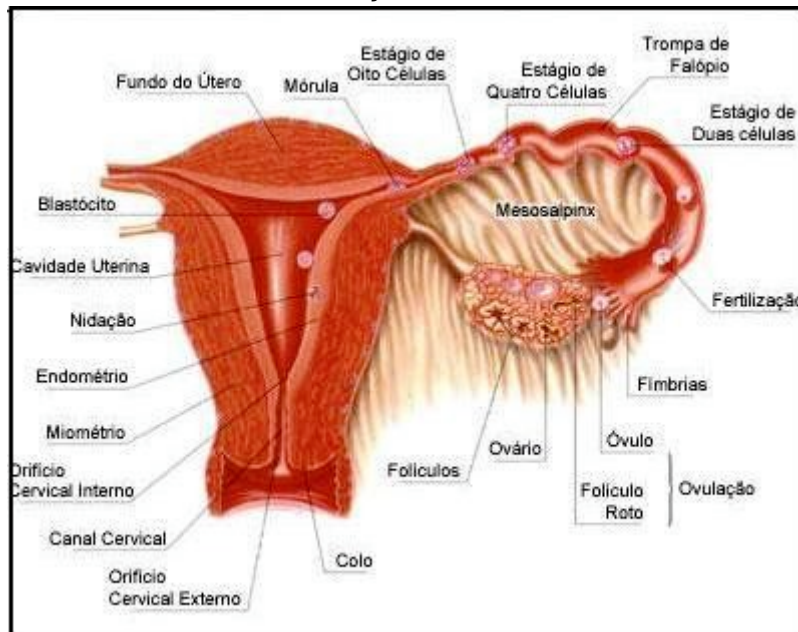
---

<sup>54</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.261.

<sup>55</sup> BEHRENS, Fabiele. Proteção da vida nascente: amparo ao embrião. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Estudos de biodireito**. Curitiba: Gênese, 2004. p.14.

<sup>56</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2.ed. aum. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p.22.

FIGURA 2 - ETAPAS DA EVOLUÇÃO



FONTE: Disponível em: <[http://www.nytimes.com/imagepages/2007/08/01/health/adam/9288Ectopic\\_pregnancy.html](http://www.nytimes.com/imagepages/2007/08/01/health/adam/9288Ectopic_pregnancy.html)>. Acesso em: 1.º out. 2007.

Ademais, tomando por base a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, alguns autores entendem que o ordenamento jurídico nacional adota tal critério para a definição do início da vida humana, pois assim dispõe o seu artigo 4.º: "Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei e, **em geral**, a partir do momento da concepção". (Grifou-se).

Ressalta-se, porém, que a expressão "em geral", não exprime um juízo de certeza, mas apenas indica uma diretriz eventualmente a ser seguida. Desta forma, não é adequado afirmar que o Brasil adota a teoria da fecundação, com fundamento exclusivo na sua adesão ao Pacto de San José da Costa Rica.<sup>57</sup>

Outra teoria que se ocupa em precisar o início da vida é a da *nidificação*. Para esta, a vida surgiria com a implantação do óvulo fecundado no útero materno, o que

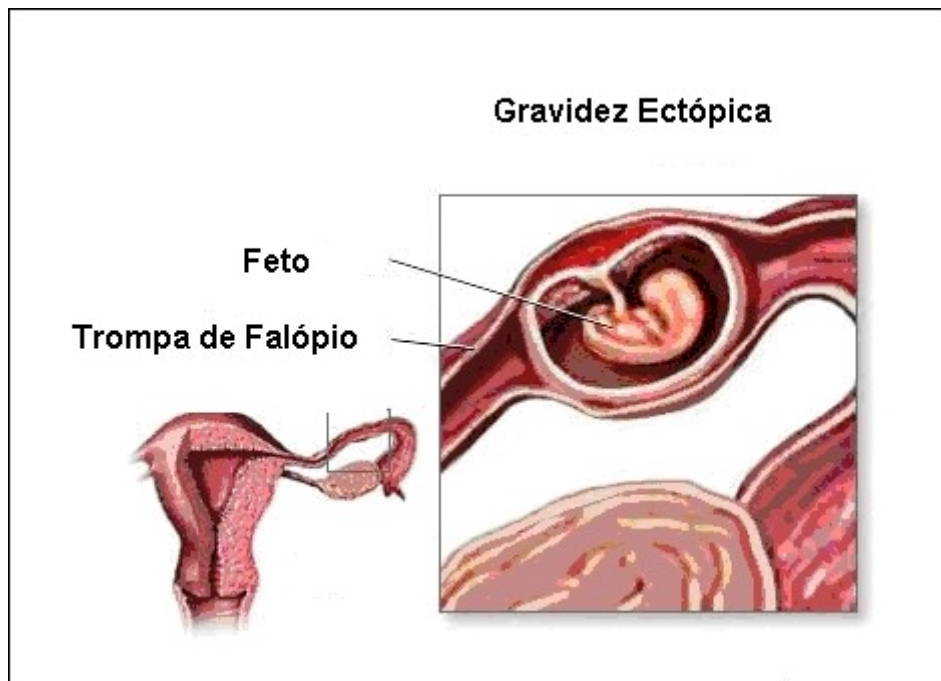
<sup>57</sup> Em sentido contrário, Ives Gandra da Silva Martins assevera que "Há, pois, dois comandos normativos de caráter essencial; o respeito ao direito à vida (do nascituro e do nascido) e a vedação a que o ser humano (nascituro ou nascido) seja privado de sua vida arbitrariamente. E há um comando, de natureza formal, de que a lei deverá explicitar o princípio da garantia desde a concepção, que é o que ocorre em geral." (MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito à vida no Código Civil à luz da Constituição. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge (Coord.). **Direito à privacidade**. Aparecida: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão, 2005. p.58).



usualmente ocorre entre 7 a 10 dias após a formação do zigoto.<sup>58</sup> Isso porque, é apenas a partir da sua fixação no útero materno que o embrião teria condições de se desenvolver, dando origem a um novo ser humano.

Para corroborar essa teoria, menciona-se que os óvulos que não conseguem sair das trompas de falópio e chegar até o útero materno (para ali se fixarem) não se desenvolvem, devendo ser realizada intervenção cirúrgica para a sua retirada. É a chamada gravidez ectópica, representada abaixo:

FIGURA 3 - GRAVIDEZ ECTÓPICA



FONTE: Disponível em: <[http://www.clinimater.com.br/images/anat\\_fecundacao.jpg](http://www.clinimater.com.br/images/anat_fecundacao.jpg)>. Acesso em: 23 fev. 2008.

Há também a teoria da *independência do feto em relação à genitora*, a qual é adotada pela legislação que regula a reprodução assistida e a pesquisa embriológica na Inglaterra. Editada na década de 90, tal diploma normativo permite a manipulação de embriões até 14 dias após sua fecundação. Esse lapso temporal de duas semanas

<sup>58</sup> Sobre o processo de fertilização e implantação pode-se dizer que "Por ocasião da ovulação, um óvulo é liberado do ovário e começa sua jornada através da tuba uterina. Enquanto está na tuba, o óvulo é fertilizado por um espermatozóide para formar o zigoto unicelular. Depois de alguns dias de rápida divisão mitótica, forma-se uma esfera de células chamada mórula. Depois do desenvolvimento da mórula, que evolui para uma esfera oca chamada blastocisto, ocorre a implantação." (THIBODEU, Gary A.; PATTON, Kevin T. **Estrutura e funções do corpo humano**. São Paulo: Manole, 2006. p.483.)

fez surgir um novo entendimento sobre o início da vida humana: até o 14.<sup>o</sup> dia após a fertilização existe apenas um **pré-embrião**, que apesar de apresentar impulsos biológicos, não merece proteção jurídica.

Isso porque, do período que vai da fecundação até o 14.<sup>o</sup> dia haveria tão somente "uma 'massa de células gerada pelo ovo fertilizado'".<sup>59</sup> Este lapso temporal

[...] coincide com a finalização de uma série de processos morfológicos que sustentam bem o argumento de que apenas a partir daí ter-se-ia de fato a vida humana individual (ou seja, indivisível): aparece a linha primitiva, estrutura que virá a originar a coluna vertebral; o embrião não pode mais se dividir nem fundir-se; o conjunto celular que formará o feto separa-se das células que compõem os chamados 'anexos embrionários' (placenta, cordão umbilical e demais estruturas de apoio); antes disso, as células são indiferenciadas internamente.<sup>60</sup>

Logo, o conceito teria condições de se desenvolver plenamente apenas a partir da segunda semana após a fecundação, quando sua estrutura corporal básica já estaria formada.

Outra teoria de que se tem notícia é a *neurológica*, para a qual a vida do embrião se iniciaria com a formação das primeiras estruturas do sistema nervoso central, o que também ocorre a partir do 14.<sup>o</sup> dia após a fusão dos gametas.

No dizer de Mayana Zatz:

A fecundação é condição necessária, mas não suficiente para gerar uma vida. [...] Ou seja, em muitos casos, apesar da união entre o espermatozóide e o óvulo, não houve formação de vida. [...] Todos nós existimos porque resultamos de uma união bem sucedida entre o óvulo e o espermatozóide que nos gerou. A recíproca, porém, não é verdadeira. Ou seja, toda árvore resultou de uma semente, mas nem toda semente originará uma árvore, mesmo quando plantada.<sup>61</sup>

Apoiando essa tese, recorda-se que o critério para determinar o fim da vida é a cessação da atividade neurológica (morte cerebral), parâmetro que também deve ser adotado para determinar o início da vida.

---

<sup>59</sup> CESARINO, Letícia da Nóbrega. Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões. **Mana**, n.13, p.352, 2007.

<sup>60</sup> CESARINO, Letícia da Nóbrega. Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões. **Mana**, n.13, p.352, 2007.

<sup>61</sup> ZATZ, Mayana. **O início da vida**. Disponível em: <<http://vejaonline.abril.com.br/notitia/servlet/newstorm.ns.presentation.NavigationServlet?publicationCode=1&pageCode=1298&textCode=139035&date=currentDate>>. Acesso em: 21 maio 2008.

Feitas essas considerações, entende-se que no caso da anencefalia a teoria mais apropriada seria a neurológica, pois toma como critério para o início da vida justamente o elemento ausente nos anencéfalos (responsável por fazer com que 75% destes pereçam no ventre materno).

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina e os demais órgãos regionais de vários Estados do país vêm editando, progressivamente, pareceres nos quais permitem a interrupção de gestação de fetos anencéfalos, tendo por fundamento que estes fetos seriam **natimortos cerebrais**.

É o caso da Resolução n.º 1.752, de 08 de setembro de 2004, editada pelo Conselho Federal de Medicina, a qual considera os fetos anencéfalos **natimortos cerebrais**, por não possuírem os hemisférios cerebrais e sofrerem parada cardio-respiratória logo após o nascimento.<sup>62</sup>

Apoiando esse entendimento, cita-se Parecer também do Conselho Federal de Medicina:

O anencéfalo (ausência de cérebro) não tem as mínimas condições de sobrevivência, haja vista não possuir as estruturas neocorticais. Possui tão-somente o tronco cerebral. Cumpre também salientar que esses seres não têm uma vida de relação com o mundo exterior. O diagnóstico da anencefalia, seguro, é realizado durante a gestação pelos exames de ultra-sonografia e dosagem de alfafetoproteína.<sup>63</sup>

Partilhando dessa opinião, Busato assevera que a

medicina, absolutamente avançada, concluiu que não é viável a geração de crianças anencéfalas, ou seja, que sem a atividade do cérebro, separado do organismo da mãe, ao cabo do período gestacional, o feto anencéfalo necessariamente fenece.<sup>64</sup>

Tal explicação nos leva a concluir que o feto somente possui vida enquanto atrelado ao corpo de sua genitora, pois suas funções fisiológicas são desempenhadas através dos impulsos nervosos desta. Apesar do anencéfalo poder realizar algumas

---

<sup>62</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM) Resolução n.º 1.752. Disponível em: <<http://www.creme.sp.org.br>>. Acesso em: 17 fev.2007.

<sup>63</sup> Parecer do CFM, de 9 de maio de 2003. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/pa-receres/cfm/2003/24\\_2003.htm](http://www.portalmedico.org.br/pa-receres/cfm/2003/24_2003.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2007.

<sup>64</sup> BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista Jurídica**, Brasília, n.327, p.88, jan. 2005.

funções determinadas pelo tronco cerebral, a ausência dos hemisférios cerebrais acaba por impedir outras funções igualmente importantes, como o funcionamento de glândulas e o movimento muscular.<sup>65</sup> Desse modo, conclui-se que os anencéfalos são verdadeiros natimortos cerebrais, razão pela qual não se pode afirmar que sua extirpação se igualaria a uma hipótese abortiva.

### 2.1.2 Ausência de consenso para a área médica

Assim como não é unânime a noção de direito à vida na literatura jurídica, o mesmo acontece na área médica. Como já dito anteriormente, a relevância e as conseqüências que podem advir do critério adotado para o início da vida fazem com que este seja um tema controvertido e que nesse juízo as crenças e os valores individuais ganhem espaço.

Isso restou evidente na ocasião em que o Supremo Tribunal Federal convocou audiência pública da qual participaram médicos e cientistas especialistas em células-tronco, realizada em 20 de abril de 2007.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista Jurídica**, Brasília, n.327, p.88, jan. 2005.

<sup>66</sup> Foram convocados para participar da audiência os seguintes profissionais: Prof. Dr.<sup>a</sup> Mayana Zatz, Geneticista, Professora Titular da Universidade de São Paulo e Presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular. Atua com aconselhamento genético e estuda células-tronco; Ricardo Ribeiro dos Santos, Médico, Pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz e coordenador científico do Hospital São Rafael (BA). Estuda terapia de células-tronco para doenças degenerativas; Patrícia Helena Lucas Pranke, Farmacêutica, Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul da PUC/RS, além de Presidente do Instituto de Pesquisa com células-tronco; Moises Goldbaum, Médico Professor do departamento de Medicina Preventiva da USP. Atua na área de saúde coletiva, com ênfase em epidemiologia e desigualdades sociais; Rosalia Mendez-Otero, Médica pesquisadora, Professora Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro; estuda a plasticidade do sistema nervoso e uso de células-tronco para tratar derrames; Luiz Eugenio Araújo de Mello, Médico, Pró-reitor de Graduação da Unifesp, vice-presidente da Federação das Sociedades de Biologia Experimental. Atua com células-tronco e fisiologia; Antonio Carlos Carvalho, Médico, Doutorado em Ciências Biológicas pela UFRJ. Coordenador de pesquisado Instituto Nacional de Cardiologia Laranjeiras e professor visitante do Albert Einstein College of Medicine, EUA; Débora Diniz, Antropóloga, Diretora-executiva da ONG Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis) e professora da Universidade de Brasília (UnB); Lygia da Veiga Pereira, Bio-física, Professora associada da Universidade de São Paulo, com experiência em genética humana. Foi a primeira a trabalhar com células-tronco embrionárias no País, importadas dos EUA; Marco Antonio Zago, Médico, Diretor da Fundação Hemocentro de Ribeirão Preto, Professor da USP e membro da Academia Brasileira de Ciências. Estuda células-tronco adultas; Tarcísio Eloy P. de Barros Filho, Médico, Chefe do Departamento de Ortopedia e Traumatologia da USP, especialista em lesões na coluna e testa terapias com células-tronco; Oscar Vilhena Vieira, Advogado especialista em direitos humanos, Professor da Escola de Direito da FGV e da PUC-SP e diretor-executivo da Conectas Direitos Humanos; Milena Botelho Pereira Soares, Bióloga, ligada à Universidade Estadual de Feira de Santana, à FioCruz/BA e à Fundação Oswaldo Cruz. Atua com terapia com células-tronco e biotecnologia;

Chamada a se manifestar, a comunidade científica foi dividida em dois blocos: o primeiro favorável e o segundo contrário às pesquisas com células-tronco embrionárias. Do cotejo entre as opiniões apresentadas pelos dois blocos, notou-se que alguns médicos apresentavam visões diametralmente opostas.

Representando o primeiro bloco, a Dra. Claudia Maria de Castro Batista foi categórica ao afirmar que "uma vez que o óvulo é fecundado, forma-se a primeira célula do homo sapiens e todo programa de fertilização é disparado. O direito à vida e à integridade física desde o primeiro momento da existência é o princípio da igualdade que deve ser respeitado".<sup>67</sup> Corroborando esse entendimento, a bióloga Lenise Aparecida Martins também defendeu o início da vida a partir da fecundação.<sup>68</sup>

Em contrapartida, o Dr. Luiz Eugênio Moraes Mello argumentou que o início da vida se daria com "o estabelecimento dos três folhetos embrionários", os quais se formam a partir da segunda semana de gestação.<sup>69</sup> Nesse sentido, sustentou também a geneticista Mayana Zatz que o mesmo critério utilizado para caracterizar a morte (fim da atividade cerebral) deveria ser empregado para determinar o início da vida.<sup>70</sup>

Logo, conclui-se que diante da ausência de um momento unânime para a configuração do início da vida humana, não é possível buscar um *foyer* na área médica crendo ingenuamente que ela trará uma solução definitiva para a vagueza de certos conceitos presentes nas legislações.

Todavia, ainda que não exista um critério universal para o início da vida na medicina, não significa afirmar que tal seara é desprovida de relevância teórica e prática. No dizer de Luiz Edson Fachin:

Drauzio Varella, Médico, dirige, ao longo do Rio Negro, um projeto de bioprospecção de plantas brasileiras para testar no combate a células tumorais malignas e a bactérias resistentes a antibióticos; Stevens Kastrup Rehen, Neurocientista, Presidente da Sociedade Brasileira de Neurociências e Comportamento e professor da UFRJ, cultivou as primeiras células-tronco embrionárias nacionais após a lei; Radovan Borojevic, Biólogo, Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisa regeneração de tecidos, terapia celular, biomateriais e bioengenharia; Esper Abrão Cavalheiro, Pesquisador, Ex-presidente do CNPq e da CTNBio, Professor Titular da Universidade Federal de São Paulo, com estudos sobre epilepsia e neurologia experimental.

<sup>67</sup> Disponível em: <<http://www.biotecnologia.com.br/bionoticias/noticia.asp?id=2811>>. Acesso em: 19 abr. 2008.

<sup>68</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229650&tip=UN&param=>>>. Acesso em: 17 abr. 2008.

<sup>69</sup> MAIS de 20 cientistas participam de audiência pública sobre células-tronco. **Ciência e Saúde**, 20 abr. 2007. Disponível em: <<http://cienciaesaude.uol.com.br/ultnot/2007/04/20/ult4477u21.jhtm>>. Acesso em: 30 abr. 2007.

<sup>70</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229610&tip=UN&param=>>>. Acesso em: 17 abr. 2007.

[...] o direito biomédico não satisfaz completamente as necessidades de certeza que os investigadores sentem. Ainda sim, assentou-se, ele já prestará um bom serviço se conseguir estabelecer um quadro jurídico onde coexistam o progresso científico e a dignidade dos homens.<sup>71</sup>

Nesse sentido, crê-se ser o papel da medicina atual empregar as novas tecnologias a favor da dignidade das gestantes de fetos anencéfalos.

### 2.1.3 Critério jurídico para o início da vida

Tomando como ponto de partida as disposições legais do ordenamento jurídico brasileiro a respeito do direito à vida, procurar-se-á desvendar qual é o seu real sentido e alcance.

Para muitos autores, o direito à vida assegurado na Constituição Federal de 1988 seria absoluto, de forma a não comportar exceções. É a opinião, por exemplo, de Maria Helena Diniz, ao afirmar que: "O direito à vida deverá ser respeitado ante a prescrição constitucional de sua inviolabilidade **absoluta**, sob pena de se destruir ou se suprimir a própria Constituição Federal, acarretando a ruptura do sistema jurídico".<sup>72</sup> (Grifou-se).

Ocorre, todavia, que a própria Carta Política brasileira apresenta um permissivo legal para a pena de morte em caso de guerra declarada, conforme dispõe o artigo 5.º, inciso XLVII, alínea "a":

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

Outrossim, há legislações infraconstitucionais que também mitigam a primazia do direito à vida. É o caso do Código Penal, que prevê em seu artigo 128, incisos I e

---

<sup>71</sup> FACHIN, Luiz Edson. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. In: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (Org.). **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.19.

<sup>72</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2.ed. aum. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p.23.

II, a excludente de ilicitude<sup>73</sup> em caso de aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e de aborto sentimental (em caso de estupro).

Ademais, o diploma penal contempla hipóteses legais de lesão ao direito à vida nas justificantes legais de legítima defesa (artigo 25 do Código Penal) e estado de necessidade (artigo 24 do Código Penal), bem como em alguns casos da hipótese supra-legal de inexigibilidade de conduta diversa.<sup>74</sup>

Como bem sintetiza Maria Auxiliadora Minahim:

A intangibilidade da vida deve ser entendida de forma **relativa**, porque, algumas vezes, há uma tolerância quanto a certos ataques que ela sofre, seja por motivos de política criminal, seja em razão de incertezas de natureza científica e axiológica. Por isso mesmo, algumas ofensas que lhe são dirigidas nem sequer são criminalizadas, sendo exemplo tradicional o suicídio e, mais recentemente, o descarte de embriões, a redução embrionária e o aborto de anencéfalos. Neste último caso, a destruição é permitida, casuisticamente, através de alvarás, em razão da fundamentação que lhe é dada, ou seja, de que não há vida.<sup>75</sup> (Grifou-se).

Pelas razões acima expostas, resta claro que o **direito à vida**, em que pese seja constitucionalmente tutelado, **não recebe proteção absoluta**.<sup>76</sup>

## 2.2 CRITÉRIO MÉDICO E JURÍDICO PARA A MORTE

Diferente do que ocorre com o conceito de vida, o conceito de morte teve seus contornos bem delineados pelo legislador brasileiro, tendo sido estabelecido pela Lei n.º 9.434/97, que dispõe sobre a doação e os transplantes de órgãos. Conforme menciona o artigo 16 da referida legislação:

---

<sup>73</sup> Ou antijuridicidade, como preferem alguns autores. Por todos vide CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2006. p.225-229.

<sup>74</sup> Aprofundar-se-á as noções de Direito Penal no capítulo III.

<sup>75</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O direito penal na regulação da vida e da morte ante a biotecnologia**. 213f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p.60.

<sup>76</sup> "Mas não há absolutos no direito. A vida também não o é. O direito tem de aceitar a relatividade da vida; bem como a verdade muito simples, mas que o dia a dia faz por ignorar, que no ponto de vista individual toda a vida é aproximação da morte. Por isso a vida humana é trágica – pelo menos enquanto não soubermos incorporar nela a realidade da morte." (ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.156).

Art. 16. A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica.

§ 1.º O diagnóstico de morte encefálica será confirmado, segundo os critérios clínicos e tecnológicos definidos em resolução do Conselho Federal de Medicina, por dois médicos, no mínimo, um dos quais com título de especialista em neurologia reconhecido no país.

Tal disposição também encontra guarida na Resolução n.º 1.480 do Conselho Federal de Medicina, editada em 08 de agosto de 1997: "[...] a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial [...]".<sup>77</sup>

Dessa maneira, percebe-se que o critério clínico e legal para se definir a morte é a cessação da atividade encefálica, independente da continuidade das demais funções corporais, como os batimentos cardíacos e a respiração. Nas palavras de Jean Bernard,

A morte cerebral é a morte. Hoje sabemos que o coração pode bater, o pulmão pode respirar, o homem cujo coração bate, cujos pulmões respiram, está morto se seu encefalograma permanecer plano num intervalo de várias horas, se outros sinais demonstrarem a morte do cérebro [...]. **O paciente em estado de morte cerebral não tem cérebro.**<sup>78</sup> (Grifos nossos)

No que concerne à anencefalia, impende destacar a Resolução n.º 1.752, de 08 de setembro de 2004, editada pelo Conselho Federal de Medicina, para a qual os fetos anencéfalos são verdadeiros natimortos cerebrais, por não possuírem os hemisférios do cérebro e sofrerem parada cardio-respiratória logo após o seu nascimento.<sup>79</sup>

Apoiando esse entendimento, é o Parecer n.º 24/03, de 09/05/2003 do Conselho Federal de Medicina:

O anencéfalo (ausência de cérebro) não tem as mínimas condições de sobrevivência, haja vista não possuir as estruturas neocorticais. Possui tão-somente o tronco cerebral. Cumpre também salientar que esses seres não têm uma vida de relação com o mundo exterior.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Todos os dados deste parágrafo foram extraídos de BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista Jurídica**, Brasília, n.327, p.89-90, jan. 2005.

<sup>78</sup> BERNARD, Jean. *Esperanças e sabedorias da medicina*. Apud SILVA, Maurício de Castro Govêa da. A morte encefálica e sua repercussão no direito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.164.

<sup>79</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução n.º 1.752. Disponível em: <<http://www.crem.org.br>>. Acesso em: 17 fev. 2007.

<sup>80</sup> Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio12v2/seccoes/Secao2.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2004.



Dessa forma, entende-se que as características apresentadas pelos anencéfalos permitem afirmar que se trata de fetos natimortos cerebrais, haja vista a ausência dos hemisférios cerebrais, o que permite a aplicação do conceito de morte cerebral.

Isso porque, "a ausência do córtex cerebral corresponde à mesma perda funcional em termos de consciência humana".<sup>81</sup> Ou seja,

Esse feto, mesmo que levado a termo, não terá nenhum segundo de consciência, não poderá sentir dor, ver, ouvir – em resumo, não poderá experimentar sensações. É, portanto, um feto morto porque não há potencialidade de se tornar uma pessoa, não há possibilidade de consciência devido à ausência do córtex cerebral.<sup>82</sup>

A proximidade entre os conceitos anencefalia e morte cerebral também é tratada por Alberto Silva Franco, que demonstra a similaridade entre ambas, pois:

[...] a ausência de hemisférios cerebrais, no primeiro caso, e a afetação definitiva do cérebro, no segundo, suprimem para sempre o suporte indispensável para toda forma de consciência e de relação com o outro. No segundo caso, reconhece-se a morte da pessoa. Não há razão, portanto para a afirmação de que a vida, no primeiro caso, subsista como vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana.<sup>83</sup>

Logo, o conceito de morte encefálica se aplica à condição experimentada pelos anencéfalos, sendo mais um argumento para fortalecer a legitimidade da interrupção de sua gestação.

### 2.3 A INTERRUPÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS E O ABORTO EUGÊNICO

Cabe diferenciar a anencefalia do aborto eugênico, os quais, não raro, são equivocadamente entendidos como se fossem a mesma coisa.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n.15, p.100, 2005.

<sup>82</sup> PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n.15, p.101, 2005.

<sup>83</sup> FRANCO, Alberto Silva. Um bom começo. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v.12, n.143, p.2, out. 2004.

<sup>84</sup> Nesse sentido, é opinião de Ives Gandra da Silva Martins "O argumento, por exemplo, de que o 'anencéfalo pode ser abortado porque está condenado à morte', escancara o caminho para a eutanásia de todos os doentes terminais ou afetados por doenças incuráveis. Possibilita a cultura do eugenismo, no melhor estilo do nacional-socialismo, que propugnava uma raça-pura, eliminado

A eugenia é uma prática que remonta às civilizações clássicas (Grécia e Roma).<sup>85</sup> Todavia, foi no período pós Segunda Guerra que este conceito emergiu com força total, chamando a atenção do resto do mundo para o que acontecia na Alemanha Nazista.<sup>86</sup>

Nessa época, com fulcro nas idéias de eugenia positiva (necessidade de exame pré-nupcial) e negativa (abortamento e esterilizações), foram exterminados milhões de deficientes físicos e mentais e abortadas crianças portadoras de anomalias, bem como pessoas de etnias não consideradas "puras".<sup>87</sup>

O aborto eugênico se caracteriza pela morte e/ou posterior extirpação de fetos defeituosos, com intenção de eliminá-los da vida em sociedade, melhorando a raça humana e a deixando livre de seres considerados inúteis e indesejáveis.<sup>88</sup> Nas palavras de Débora Diniz e Fabiana Paranhos:

Aborto eugênico é a interrupção involuntária de uma gestação. A mulher é obrigada a abortar por razões discriminatórias, sexistas ou racistas. O aborto eugênico foi uma exigência da medicina nazista às mulheres judias, por exemplo.<sup>89</sup>

A eugenia trata de fetos que apresentam compatibilidade com a vida extra-uterina, ainda que sofram algumas limitações na sua qualidade de vida. Os escopos a serem atingidos são, supostamente, a higiene racial e o melhoramento da raça.

os imperfeitos ou socialmente inconvenientes. [...] entender, desta forma, é abrir enorme avenida para os cultores da morte, os homicidas uterinos, os que pretendem transformar o ser humano em lixo hospitalar." (MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito à vida no Código Civil à luz da Constituição. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge (Coord.). **Direito à privacidade**. Aparecida: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão, 2005. p.65).

<sup>85</sup> "A noção de eugenia é tão antiga quanto a fundação da sociedade. Quando os gregos jogavam no desfiladeiro crianças defeituosas estavam praticando uma forma de eugenia sem conhecimento da noção científica de eugenia. Aristóteles já propunha a prática da exposição das crianças disformes, quando do seu conhecimento ou aborto. Na antiga Babilônia, a rainha Semiramis fazia emascular (castrar) os jovens defeituosos." (LEITE, Eduardo de Oliveira. Eugenia e bioética: os limites da ciência face à dignidade humana. **Seleções Jurídicas**, n.3, p.28, abr. 2004).

<sup>86</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá, 2006. p.47.

<sup>87</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Eugenia e bioética: os limites da ciência face à dignidade humana. **Seleções Jurídicas**, n.3, p.29, abr. 2004.

<sup>88</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá, 2006. p.49.

<sup>89</sup> DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia**: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: ANIS, 2004. p.90.

Já a antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, por sua vez, não objetiva o melhoramento da espécie, tampouco a eliminação de nascituros portadores de deficiências. Sua intenção é tão somente fazer cessar uma gravidez cujo feto é portador de uma anomalia incompatível com a vida.<sup>90</sup> A possibilidade de interrupção desse tipo de gravidez se deve aos avanços da medicina pré-natal, hoje capaz de diagnosticar com precisão a situação do feto desde os primeiros meses de sua gestação.

Outrossim, a anencefalia não é deficiência, conforme assevera a Coordenadoria Nacional para a Pessoa Portadora de Deficiência Física:

Há outras situações de diferenciação do feto, como no caso da síndrome de Down, que também se diagnostica pela ultra-sonografia, e que, absolutamente, nós não seríamos favoráveis à antecipação do parto. Nesse caso, por exemplo, seria uma situação absolutamente compatível com a vida e essas pessoas podem e têm, quando lhe são dadas as oportunidades, uma vida com a síndrome de Down. Então temos que tomar cuidado com isso. Aqui estamos nos referindo especificamente ao caso da anencefalia, porque ela é incompatível com a vida e, se diagnosticada, ela deve poder ensejar uma ação do governo em favor da escolha do casal envolvido na gestação.<sup>91</sup>

Desse modo, diferente dos deficientes físicos e mentais, que possuem chances de conviver em sociedade, podendo desempenhar importantes funções, além de se relacionarem e trabalharem, os anencéfalos estão fadados à morte intra-uterina ou instantes após o parto.

#### 2.4 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Grande parte das inúmeras controvérsias acerca do tema aqui versado decorre da afirmação de que no caso de uma interrupção da gravidez de feto anencefálico, haveria uma colisão de direitos fundamentais, ou, um conflito de princípios. São necessárias algumas distinções para que se possa aclarar a ocorrência, ou não, da hipótese acima exposta.

---

<sup>90</sup> CAMPOS, Marco Antonio. Para dom Ladislau, liminar pode levar à legalização total. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 18 jul. 2004, Caderno Paraná, p.9.

<sup>91</sup> DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia**: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: ANIS, 2004. p.40.

Hodiernamente, há o entendimento pacífico de ter a Constituição Federal uma posição de centralidade<sup>92</sup>, sendo considerada a norma superior do ápice da pirâmide normativa,<sup>93</sup> a qual vincula as atividades dos particulares e do Estado<sup>94</sup>. E é justamente no núcleo da Lei Maior que residem os direitos fundamentais.<sup>95</sup>

A questão da colisão de direitos fundamentais é trazida principalmente pela doutrina alemã, em especial pelos defensores da Teoria dos Princípios, que tem como seu maior expoente Robert Alexy. Para o referido autor, os direitos fundamentais têm "sua força vinculativa e ampla em forma de justiciabilidade"<sup>96</sup>, devendo-se questionar a forma com que os mesmos se estruturam, isto é, se são regras ou princípios.

Regras, segundo esta concepção, "são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas".<sup>97</sup> O conflito de regras se resolveria, portanto, com a declaração de uma das normas como sendo inválida ou, ao menos, como não aplicável ao caso, ou, ainda, a inserção de uma cláusula de exceção.

Já os Princípios são normas que ordenam "que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, **mandamentos de otimização**".<sup>98</sup> (Grifou-se). Dessa forma, o ordenamento jurídico permite que, em determinadas circunstâncias, existam princípios opostos entre si, pois estes não são mandamentos absolutos. Em

---

<sup>92</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.35-48.

<sup>93</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.388.

<sup>94</sup> BARROSO, Luis Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>95</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.560.

<sup>96</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, p.74, 1999.

<sup>97</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, p.75, 1999. Para um melhor desenvolvimento desta teoria ver: ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.98 e ss.

<sup>98</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, p.75, 1999.

ocorrendo a sua colisão, a melhor solução é se proceder à ponderação dos mesmos no caso concreto.<sup>99</sup>

Feitas estas distinções é possível arrolar algumas formas de colisões de direitos fundamentais, as quais podem ser compreendidas de forma estrita ou ampla. As primeiras ocorrem

quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais colidentes pode tratar-se ou dos mesmos ou de direitos fundamentais diversos.

Assim, podem ocorrer colisões (no sentido estrito), entre: a) direitos fundamentais idênticos e b) direitos fundamentais diferentes.

Distinguem-se quatro tipos de colisões de direitos fundamentais idênticos: I - quando está sendo afetado o mesmo direito fundamental como direito de defesa liberal, por exemplo, quando grupos políticos hostis querem demonstrar-se no centro de uma cidade e há perigo de choque<sup>100</sup>; II – na hipótese em que o mesmo direito fundamental é exercido como um direito de defesa liberal para um sujeito, e direito de proteção para outro (cita-se como exemplo "quando é atirado em um detentor de um refém para salvar a vida de um refém"<sup>101</sup>); III - a terceira modalidade resulta do fato que muitos direitos fundamentais apresentam um lado negativo e outro positivo<sup>102</sup>; IV - a quarta e última forma se apresenta quando se acrescenta ao lado de um direito fundamental um dado fático. Seria o caso, por exemplo, do auxílio de custas processuais concedido aos pobres, o qual acaba por torná-los desiguais (devido à suas condições fáticas) em relação aos ricos. Todavia, privá-los do auxílio de custas

---

<sup>99</sup> "Princípios e ponderação são dois lados do mesmo objeto." (ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, p.75, 1999).

<sup>100</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, p.69, 1999.

<sup>101</sup> Observa-se que no exemplo citado há conflito entre dois direitos à vida, manifestados em sentidos opostos, entretanto, o exemplo não se resume a isto, podendo ser colocados outros elementos, como, por exemplo, o dever do Estado de proteção da totalidade dos cidadãos.

<sup>102</sup> Fica clara esta dupla configuração no direito fundamental de liberdade de crença – objeto de intenso debate no Tribunal Constitucional Federal Alemão na chamada resolução-crucifixo, a qual discutia "se o Estado pode ordenar que nas salas de aula de escolas públicas deve ser colocado uma cruz". É evidente o embate entre a liberdade de crença (negativa) dos não-cristãos, de não serem obrigados a aprender "sob a cruz", e, a liberdade de crença positiva dos cristãos de praticar sua "convicção de crença no quadro das instituições estatais".

também seria tratá-los desigualmente, e com o agravante de estreitar suas possibilidades de efetivar seus direitos.

Já no que concerne à colisão de direitos fundamentais que envolve titulares de direitos fundamentais diferentes, pode-se citar "a colisão da liberdade de manifestação de opinião com direitos fundamentais do afetado negativamente pela manifestação da opinião".<sup>103</sup>

A colisão de direitos fundamentais em sentido amplo ocorre diante do choque entre direitos fundamentais e bens coletivos. Um bom exemplo é a resolução da dragagem do Tribunal Constitucional Federal, que versava sobre qual proporção que o legislador pode proibir "ao proprietário aproveitamentos de seu terreno que prejudicam a água subterrânea, colidem o direito a propriedade e a água enquanto bem público".

Feitas todas essas explicações, questiona-se a existência de colisão de direitos fundamentais na interrupção da gravidez de feto anencefálico. Isso porque, quando debatido esse tema, são aventados inúmeros argumentos, tais como a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a violação aos direitos à vida, à saúde, à integridade física e moral e à privacidade, dentre outros.

No entanto, o uso dos argumentos acima mencionados se sustenta no caso de um abortamento de feto viável, ou seja, aquele que tem condições de nascer e se desenvolver, algo que, conforme já esclarecido, não corresponde à realidade dos anencéfalos.

Desse modo, constata-se que não há qualquer colisão de direitos fundamentais, tendo em vista que a vida extra-uterina do feto é inviável, impossível. Se houvesse chance de sobrevivência no caso de abortamento de feto viável, então haveria diversas hipóteses de conflitos de direitos fundamentais em sentido estrito, como por exemplo: do direito à vida da mãe e do feto, contrapostos (direitos idênticos). Seria factível haver também conflito entre o direito à vida do feto e o direito à autonomia da mãe (privada e reprodutiva), ou, ainda, o seu direito à honra (em caso de estupro,

---

<sup>103</sup> O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao exarar a sentença-Lüth, inovou na ordem jurídica ao determinar: "primeiro, à irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total e, segundo, à onipresença da ponderação." (ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, p.69, 1999). Apenas a título de ilustração, tal irradiação corresponde ao que ficou denominada "eficácia horizontal" dos direitos fundamentais.

hipóteses prevista pelo Código Penal como excludente da ilicitude) e de outro lado o direito à saúde e a integridade física do feto frente ao direito à vida do feto. Por último, acrescenta-se o direito à privacidade e a dignidade da pessoa humana<sup>104</sup> da mãe em face (colidindo) da liberdade de expressão e de crença de terceiros.

---

<sup>104</sup> O conceito de dignidade humana aqui adotado é o proferido por Ingo Wolfgang Sarlet, para quem: "temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos." (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.62.)

### CAPÍTULO 3

## ATIPICIDADE PENAL DA INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS<sup>105</sup>

### 3.1 ANENCEFALIA E DIREITO PENAL

Devido ao fato da interrupção de gestação de feto anencéfalo não ser explicitamente prevista pela lei, caso a gestante decida não levar a termo essa gravidez, necessitará ingressar com pedido de alvará judicial para poder realizar o procedimento médico.

Ocorre que, não raro, tal autorização é denegada com o argumento de que a interrupção de gestação de feto anencéfalo não se encontra dentre as hipóteses excludentes de ilicitude previstas no artigo 128, incisos I e II do Código Penal (aborto necessário – quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e aborto sentimental – em caso de estupro).

Todavia, conforme objetiva demonstrar o presente capítulo, a interrupção de gestação de fetos anencéfalos é um fato penalmente atípico, que não deve ser confundido com o aborto.

Ademais, esta breve incursão na esfera penal tem presente a doutrina penalista mais apurada, a qual defende a idéia de um Direito Penal mínimo, que, tomando por base os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, tem por pressuposto básico a criminalização de condutas como *ultima ratio* da intervenção legal.

---

<sup>105</sup> O presente capítulo reproduz, em linhas gerais, o artigo *Interrupção de gestação de fetos anencéfalos*: A incompatibilidade da criminalização com o Estado Democrático de Direito, elaborado pela autora em co-autoria com Guilherme Brenner Lucchesi (LUCCHESI, Guilherme Brenner; XAVIER, Luciana Pedrosa. Interrupção de gestação de fetos anencéfalos: a incompatibilidade da criminalização com o estado democrático de direito. **Revista Jurídica Themis**, Curitiba, n.18, p.137-159, 2006/2007).



### 3.2 DIREITO PENAL MÍNIMO E O SISTEMA DE GARANTIAS INSTITUÍDO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente, cumpre explicitar que o Direito Penal não possui função apaziguadora dos ânimos sociais. Não é sua finalidade defender uma ideologia dominante, conseqüentemente criminalizando qualquer posição divergente.

Segundo leituras mais atuais, a dogmática penal deve ser compreendida como um sistema de garantias do cidadão frente ao poder punitivo do Estado. A finalidade do Direito Penal não é, portanto, punir, mas sim proteger – proteção esta não dos ditos "cidadãos de bem"<sup>106</sup>, mas sim daqueles à mercê do rigor punitivo estatal.

A referida disciplina é regida pelos princípios constitucionais da legalidade, da culpabilidade, da lesividade, da proporcionalidade, da humanidade e da responsabilidade penal pessoal. Assim, o moderno<sup>107</sup> Direito Penal pode, finalmente, auxiliar na busca de fundamentos para a construção de um Estado Democrático de Direito, previsto pela Carta Magna vigente, porém ainda inexistente no mundo fático.

Para tanto, não se pode mais conceber uma teoria penal repressiva, cuja finalidade seja a manutenção das classes (burguesas) dominantes, através do acúmulo de capital e da repressão do proletariado.<sup>108</sup> Tal finalidade, identificada pela Criminologia Radical, é incompatível com o sistema de garantias e políticas criminais instituído pela Constituição, conforme será demonstrado a seguir, por meio de um sucinto exame de alguns tipos penais.

É facilmente verificado na parte especial do Código Penal<sup>109</sup>, o amplo tratamento dado à propriedade privada e à ordem pública, em detrimento da integridade física e moral dos cidadãos. Exemplo disso são as penas cominadas aos delitos de furto (artigo 155 do Código Penal: Pena – reclusão, de 1 a 4 anos, e multa) e lesões corporais (artigo 129 do Código Penal: Pena – detenção, de 3 meses a 1 ano).

---

<sup>106</sup> Esta é a suposta função da **norma penal**, que não se confunde com o **Direito Penal**.

<sup>107</sup> O vocábulo "moderno" está empregado na acepção dada por CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2006. p.16.

<sup>108</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. p.125-132.

<sup>109</sup> Elaborada em 1941, traduzindo hodiernamente o pensamento da época.

Nesta senda, percebe-se que a punição à lesão patrimonial é significativamente maior que a punição prevista para o crime contra a integridade física.<sup>110</sup>

Tem-se, porém, que, além de assegurar a manutenção do modo de produção capitalista, o Direito Penal lamentavelmente também se presta à conservação dos valores judaico-cristãos, o que afronta o caráter laico do Estado brasileiro. Em que pese o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 faça referência à proteção divina, o Estado brasileiro não adota nenhuma religião como oficial, sendo a defesa da moral e dos costumes cristãos<sup>111</sup> uma grave ofensa contra aqueles que não professam a fé cristã. Ora, o povo brasileiro é composto por crentes das mais diversas religiões, bem como por agnósticos e ateus. Prova disto é a garantia à liberdade de culto, prevista no artigo 5.º, inciso VI, da Carta Política.

Desta forma, existem diversos fatos tipificados pela parte especial do Código que não são lesivos a nenhum bem jurídico constitucional, mas ofendem a moral católica. A criminalização de tais fatos, como o rapto<sup>112</sup> (artigos 219 a 222), é incompatível com a ordem constitucional vigente.

Segundo Ferrajoli,

O Direito não é – não deve ser, pois a razão jurídica não o permite, nem a razão moral o pretende – um instrumento de reforço da moral. O seu objectivo não é o de oferecer um braço armado à moral, ou melhor, dada a existência de várias concepções morais na sociedade, a uma determinada moral.<sup>113</sup>

É inconcebível, no quadro constitucional brasileiro, a utilização do Direito Penal como forma de garantir interesses individuais, reprimindo-se toda e qualquer postura diversa.

---

<sup>110</sup> Para diferenciação entre penas de **reclusão** e **detenção**, vide artigo 33 do Código Penal.

<sup>111</sup> Exemplo de violação à liberdade de crença se manifesta no voto vencedor proferido no julgamento do Mandado de Segurança n.º 376.036-3/3-00 pelo Desembargador Silva Pinto, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Segundo a dogmática cristã, o feto adquire o estado de pessoa desde a concepção, ou seja, desde o surgimento do embrião (junção do espermatozóide com o óvulo). Há vida a partir deste momento. Essa crença prevalece desde os primórdios do Cristianismo e restou preservada no correr dos séculos. Pouco importa saber a idade do feto. Com mais tempo ou menos tempo de vida, considera-se, desde o início, como sendo pessoa dotada de um espírito semelhante ao do Criador." (PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). **Organização das relações privadas**: uma introdução ao direito privado com métodos de ensino participativos. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.88).

<sup>112</sup> Revogado em 2005 pela Lei n.º 11.106/05.

<sup>113</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A questão do embrião entre direito e moral*. Apud FRANCO, Alberto Silva. Um bom começo. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v.12, n.143, p.2, out. 2004.

Apesar de diversas críticas apontadas pelo estudo da criminologia<sup>114</sup>, o Direito Penal ainda é válido para a defesa de bens jurídicos constitucionalmente apontados como merecedores de tal proteção.<sup>115</sup> É inadequado, porém, o uso do Direito Penal como forma de infiltração na consciência privada dos indivíduos, determinando como estes devem pensar e agir. Não é este o propósito do Direito Penal – principalmente de um Direito Penal que se opera em um Estado Democrático de Direito.

Conforme afirmado no item 2.4, entende-se que na interrupção de gestação de feto anencéfalo não há uma colisão entre bens jurídicos tutelados, visto a sua inviabilidade vital. Por outro lado, deve-se priorizar a integridade física e psíquica da gestante, que já sofre por carregar em seu ventre um feto fadado à morte prematura.

### 3.3 BEM JURÍDICO COMO CRITÉRIO ESSENCIAL PARA A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

É tido que o Direito Penal só pode ser construído de maneira democrática a partir da noção de bem jurídico.<sup>116</sup> Fala-se, hodiernamente, em Direito Penal Constitucional, pois é na Norma Fundamental da República que se deve buscar os bens jurídicos constitucionalmente relevantes, os quais devem nortear o sistema penal.

Tal categoria, na concepção de Welzel, é "bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente".<sup>117</sup> Tal conceito é de suma importância, pois o bem jurídico é critério de criminalização de condutas e também objeto de proteção penal.<sup>118</sup>

Como critério de criminalização de condutas, o bem jurídico surge como elemento essencial para a comunidade ou indivíduos, cuja importância justifica atuação punitiva do Estado em situações tidas como lesivas a importantes esferas da vida privada ou coletiva. Desta forma, evita-se intervenção abusiva do Poder

---

<sup>114</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3.ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Curitiba: ICPC: Lumen Iuris, 2008.

<sup>115</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2006. p.14-17.

<sup>116</sup> Isto é decorrência direta do princípio da lesividade. Neste sentido, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2006. p.25-26.

<sup>117</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Apud PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p.44-45.

<sup>118</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2006. p.14-17.

Público para defender seus próprios interesses políticos e assegurar a manutenção do poder.

Ao se eleger condutas merecedoras de tipificação penal, o bem jurídico delimita a aplicação de sanções penais àquelas condutas que não poderiam ser de outra forma reprimidas e/ou prevenidas e possuidoras de relevância social suficiente para admitir a invocação da assim denominada *ultima ratio*.<sup>119</sup>

Por outro lado, ainda, o bem jurídico chama para si a proteção penal, tornando-se seu objeto. Assim, o tipo penal passa a proteger não o Estado, nem a reprodução autopoietica do Direito Penal fundada na reafirmação da validade da norma, mas sim bens jurídicos constitucionalmente apontados – indispensáveis para a existência de uma sociedade plural e organizada. A opção por se proteger bens jurídicos concretos, ao invés da vontade do poder ou de expectativas normativas, ainda é necessária para tornar o Direito Penal mais democrático, e o levar um passo adiante no caminho de uma criminalização mínima de condutas.

Conforme já explicitado, a fonte dos bens jurídicos penalmente relevantes é a Constituição da República. Ao longo do texto constitucional pode se perceber diversos objetos aos quais o Constituinte dedicou maior interesse, como se depreende do artigo 5.º, *caput*, da Carta Magna: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]". Dentre os bens jurídicos relacionados pela Lei Maior vigente, destaca-se maior importância ao bem jurídico vida, cuja extensão é tema do tópico seguinte.

### 3.4 A VIDA COMO BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. ANÁLISE DO "CRIME DE ABORTO"

A Constituição Federal define a vida humana como bem jurídico penalmente relevante. As condutas que a ofendem e lesam são criminalizadas, como o objetivo de

---

<sup>119</sup> Neste sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Tradução de Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.53, p.9-37, mar./abr. 2005.

protegê-la. Exemplos destes delitos são o homicídio<sup>120</sup>, a instigação ao suicídio<sup>121</sup>, o infanticídio<sup>122</sup>, o aborto<sup>123</sup>, e outros crimes que resultam na destruição da vida<sup>124</sup>.

Caso não ofendessem a vida humana, tais condutas sequer seriam consideradas crime, por ausência de objeto de proteção e motivo de criminalização constitucionais. A (lesão à) vida humana justifica a existência de tais delitos, e é o único elemento que legitima sua criminalização.

Neste caso, a justificativa para a criminalização do aborto, de modo geral, é a efetiva lesão causada à (expectativa de) vida humana pela destruição do feto. A interrupção da gestação – e, por conseguinte, a interrupção da evolução vital do feto – estaria a violar a proteção constitucional dada à vida do feto, que a sociedade espera que venha a nascer, crescer, e desempenhar seu papel na comunidade.

No caso dos fetos anencéfalos, porém, tal expectativa não existe. Caso venham a ser paridos, o corpo destes fetos é incapaz de se alimentar, de respirar plenamente (com a ação dos pulmões e do diafragma), e de secretar substâncias – funções essenciais para a subsequência da vida humana – sem o auxílio de máquinas. Inexiste, ainda, o principal elemento que configura a humanidade, qual seja, a capacidade de reflexão, raciocínio e aprendizagem, conquistados através do processo evolutivo histórico da espécie humana.

Neste sentido é o trecho do parecer ministerial em 2.º grau na Apelação Criminal n.º 68.095-9 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, emitido pelo Procurador de Justiça Luiz Renato Skroch Andretta, em maio de 1998: "o que vai se interromper é um processo de reprodução celular, não a vida de um feto, a expectativa de um ser humano, na medida em que não há ser humano sem cérebro e sem sistema nervoso central [...]".<sup>125</sup>

Conforme já explicitado anteriormente, anencefalia é uma enfermidade incompatível com a vida humana.<sup>126</sup> Ora, se a vida é impossível nos casos de

---

<sup>120</sup> Artigo 121 do Código Penal.

<sup>121</sup> Artigo 122 do Código.

<sup>122</sup> Artigo 123 do Código.

<sup>123</sup> Artigos 124 a 128 do Código Penal.

<sup>124</sup> Lesões corporais seguidas de morte – artigo 129, § 3.º; latrocínio – artigo 157, § 3.º; crimes contra os costumes resultantes em morte – artigo 223, parágrafo único; etc.

<sup>125</sup> BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. Parecer, de 21 de maio de 1998. Interrupção de gravidez em caso de anencefalia.

<sup>126</sup> Vide o Capítulo I do presente estudo.

anencefalia, como pode se falar, então, na proteção penal-constitucional do bem jurídico vida, quando esta não existe?

Logo, na situação de interrupção de gravidez de anencéfalos não existe destruição da vida, pois essa jamais poderia existir. A morte já está decretada desde o desenvolvimento desta enfermidade durante o processo de formação do feto. Pôr a termo a gravidez, portanto, não caracterizaria o fim da vida, pois essa sequer se iniciou – não poderia ser iniciada.

Ao discorrer sobre o "crime de aborto", ademais, os tratadistas são unânimes e categóricos a informar que o aborto só pode ser punido quando causa direta da morte do feto.<sup>127</sup> Isso mais uma vez para demonstrar que não se deve – nem é possível – punir quando não há lesão a bem jurídico.

Por ser critério constitucional de definição de condutas criminalizadas, o bem jurídico é elemento essencial para a tipicidade. Ausente bem jurídico penalmente tutelado, ausente também a tipicidade. Não há justificativa para uma conduta ser criminalizada se não há bem jurídico constitucional a ser protegido.

Passa-se, então, a tratar propriamente da prática de abortamento e sua criminalização.

### 3.5 DA INADEQUAÇÃO DO TERMO ABORTO PARA OS FETOS ANENCÉFALOS

Antes de mais nada, é necessário fazer uma distinção entre os termos aborto e abortamento. Abortamento é a prática de interrupção da gestação, enquanto aborto refere-se ao produto resultante do abortamento. Todavia, é muito comum, encontrar na doutrina autores que empregam o termo aborto para se referir à prática de abortamento. Isso decorre da redação do Código Penal brasileiro, o qual na sua Parte Especial, em seu Título I "Dos Crimes Contra a Pessoa", Capítulo I "Dos Crimes Contra a Vida", tipificou a referida prática como "crime de aborto".

O termo abortamento, como se verá adiante, não é adequado aos casos de anencefalia, pois se configura com a morte do feto como produto direto da ação

---

<sup>127</sup> Neste sentido: BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p.431.

abortiva. Situação diversa é a dos fetos anencéfalos, os quais não possuem viabilidade vital. A nomenclatura correta a ser utilizada nestes casos é interrupção da gravidez.<sup>128</sup>

Abortamento, em sua definição clínica, "é a interrupção de uma gestação com a conseqüente expulsão do embrião ou do feto do útero. O aborto (sic) pode ser voluntário ou involuntário".<sup>129</sup>

A Lei Penal, apesar de criminalizar a prática abortiva, não a define. Recorre-se, portanto, à doutrina para definir tal conduta. Segundo Bittencourt, "aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intra-uterina".<sup>130</sup> Segundo Fragoso, "O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto".<sup>131</sup>

O Código Penal, em seus artigos 124 a 128, define três figuras abortivas: a) aborto provocado ou auto-aborto<sup>132</sup>; b) aborto sofrido<sup>133</sup>; e c) aborto consentido<sup>134</sup>. Nestas três modalidades, ocorre a interrupção da gestação, ocorrendo a morte do feto, porém se distinguem entre si pelo sujeito ativo do delito. Na primeira hipótese, quem pratica o abortamento é a própria gestante, enquanto na segunda alguém faz com que o feto seja abortado sem seu consentimento, e na terceira consente com que outro lhe provoque abortamento.<sup>135</sup>

Ressalte-se, porém, que o "crime de aborto", como já dito, exige a morte do feto como produto direto da ação abortiva. Nesse sentido leciona Bittencourt:

Para se configurar o crime de aborto é insuficiente a simples expulsão prematura do feto ou a mera interrupção do processo de gestação, mas é indispensável que ocorram as duas coisas, acrescidas da morte do feto, pois somente com a ocorrência desta o crime se consuma.<sup>136</sup>

---

<sup>128</sup> DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia**: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: ANIS, 2004. p.85-86 e 92.

<sup>129</sup> DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia**: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: ANIS, 2004. p.89.

<sup>130</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p.431.

<sup>131</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 11.ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.80.

<sup>132</sup> Artigo 124, primeira parte, do Código Penal.

<sup>133</sup> Artigo 125 do Código Penal.

<sup>134</sup> Artigo 124, *in fine*, e 126 do Código Penal.

<sup>135</sup> Vide BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p.430.

<sup>136</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p.431.

Discorre, ainda, que "o crime de aborto pressupõe gravidez em curso, e é indispensável que o feto esteja vivo. A morte do feto tem de ser resultado direto das manobras abortivas".<sup>137</sup>

Conforme conceitos anteriormente postos de anencefalia, o feto portador da referida deficiência é desde a concepção condenado à inevitável morte prematura, sendo, de tal modo, irrelevante a ação abortiva, em que toca seu perecimento. Assim, conclui-se que é inadequada a utilização do conceito aborto/abortamento em casos de anencefalia.

### 3.6 AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL NA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETOS ANENCÉFALOS

Parte da doutrina defende que a extirpação dos fetos anencéfalos é crime, por se tratar de ação típica, e, para tanto, aduzem uma série de argumentos.<sup>138</sup>

Em primeiro lugar, entendem que a argumentação utilizada pelos defensores da autorização não encontra fundamento na legislação, tampouco no Direito. Isto porque entendem que as únicas hipóteses passíveis de prática abortiva são as exceções contempladas no Código Penal: abortamento em caso de risco de vida da mãe e em caso de violência sexual.

Outro argumento seria que um bem jurídico de menor importância, no caso, a dignidade da gestante, não poderia se sobrepor a outro bem jurídico de maior relevância: a "vida" do anencéfalo.<sup>139</sup>

Ademais, o feto seria uma forma de vida humana, e, por tal motivo, seria merecedor de "irrestrita tutela penal"<sup>140</sup>, pois "todo ser nascido de mulher, possua a forma que possuir, é humano, é homem, é sujeito de direito e tem personalidade"<sup>141</sup>,

---

<sup>137</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p.431.

<sup>138</sup> Vide, por todos, BITTAR, Walter Barbosa. Aspectos jurídico-penais da autorização para o aborto do feto anencéfalo. **Revista Jurídica**, Brasília, n.313, p.98-99, nov. 2003.

<sup>139</sup> BITTAR, Walter Barbosa. Aspectos jurídico-penais da autorização para o aborto do feto anencéfalo. **Revista Jurídica**, Brasília, n.313, p.98, nov. 2003.

<sup>140</sup> BITTAR, Walter Barbosa. Aspectos jurídico-penais da autorização para o aborto do feto anencéfalo. **Revista Jurídica**, Brasília, n.313, p.98, nov. 2003.

<sup>141</sup> BITTAR, Walter Barbosa. Aspectos jurídico-penais da autorização para o aborto do feto anencéfalo. **Revista Jurídica**, Brasília, n.313, p.87, nov. 2003.



conforme dados de ciências biológicas, sustentáculos dos diplomas legais que proíbem a prática abortiva em casos de anencefalia.

Por fim, argumentam que o Direito não pode ser utilizado para a proteção do mais forte, pois permitir o abortamento seria dar as costas ao mais fraco – o embrião –, que é incapaz de se defender, necessitando de outros para que o façam.<sup>142</sup>

Tais argumentos, porém, sob o prisma do Direito Penal mínimo, da Constituição e da condição médica dos fetos anencéfalos, facilmente podem ser rebatidos.

As opiniões já transcritas são categóricas em afirmar a anencefalia como uma enfermidade incompatível com a vida humana. A má-formação cerebral destes seres impede qualquer possibilidade de viver como um ser humano.

Mesmo que possível a vida por mais que alguns minutos, horas, dias, ou mesmo semanas, esta somente é possível por meio de aparelhos para auxiliar a respiração e alimentação. A (sobre)vida, portanto, ocorre apenas de forma vegetativa. Todavia, segundo Roxin, "a vida vegetativa [...] não é o suficiente para fazer de algo um homem".<sup>143</sup>

Portanto, é facilmente percebido que os argumentos trazidos pelos defensores da criminalização não devem prevalecer.

Em primeiro lugar, conforme demonstrado ao longo do presente estudo, não apenas a legalização da interrupção de gestação de anencéfalos possui amparo constitucional, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, como também não há bem jurídico merecedor de tutela penal nestes casos. A vida inviável não pode suprimir um dos fundamentos do Estado brasileiro.

Não há, também, nenhuma menção constitucional a bens jurídicos expressamente "superiores" ou "inferiores". Todos os casos de conflito de bens jurídicos necessitam ponderação para se definir qual deve prevalecer em cada situação concreta. Ora, o próprio Código Penal relativizou o imperativo da proteção à vida, ao se solidarizar com a mulher vítima de estupro e não exigir que ela carregue em seu ventre o resultado de um ato perverso (artigo 128, inciso II, do Código Penal). Neste caso específico, a Lei determina a prevalência da dignidade da pessoa humana sobre a expectativa de vida. No caso do aborto terapêutico ou necessário o ordenamento

---

<sup>142</sup> BITTAR, Walter Barbosa. Aspectos jurídico-penais da autorização para o aborto do feto anencéfalo. **Revista Jurídica**, Brasília, n.313, p.98-99, nov. 2003.

<sup>143</sup> ROXIN, Claus. **A tutela penal da vida humana**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003. p.26.

penal também privilegia a vida da gestante, que não precisa sacrificar sua vida pela que traz em potencial no seu ventre.

Ocorre que os mesmos bens jurídicos que são tutelados pelas hipóteses vigentes de aborto legal – a vida da gestante, sua saúde física, sua saúde psíquica – são invocados no caso da interrupção de gestação de fetos anencéfalos, com a vantagem de que nessa última hipótese não se coloca a termo a vida do feto, pois não há possibilidade de vida extra-uterina.

Percebe-se, desta forma, que a Constituição relativiza a proteção à vida, até mesmo em casos de viabilidade fetal. Por que então não permitiria que se evitasse a dor e o sofrimento em casos de inviabilidade?

Ademais, o fato da legalização da prática abortiva em casos de anencefalia poder ensejar a ampla liberação do abortamento não pode ser tido como justificativa para a proibição. Não é possível se negar a proteção da dignidade em face de uma mera expectativa de frustração dos valores morais da sociedade. Segundo lição de Aristóteles, "O abuso não pode eliminar o uso. A possibilidade de um uso eticamente inaceitável de uma técnica, fruto do saber humano, não pode eliminar o seu uso se ela é de benefício para os demais membros dessa sociedade".<sup>144</sup>

Por fim, é importante reforçar que o Direito Penal não possui função de proteger nem o mais forte, nem o mais fraco. Sua função é a proteção de bens jurídicos constitucionalmente apontados como merecedores de proteção penal. Logicamente se deve levar em consideração quem é o sujeito desta repressão penal, exigindo-se mais de quem pode mais, e menos de quem pode menos<sup>145</sup>, decorrência do próprio princípio constitucional de individualização da pena. Contudo, é bastante questionável se justificar a prevalência de uma vida, que em mais de 75% dos casos<sup>146</sup> não chega a sobreviver o parto, sobre o preceito fundamental do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>144</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

<sup>145</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2006. p.168-169.

<sup>146</sup> GOLLOP, Thomas Rafael. Ética, direito e aborto por anomalia fetal. **Justiça e Democracia**, n.3, p.76, 1997.

### 3.7 O IMPERATIVO DE ATIPICIDADE DA INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS E A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS CIDADÃOS

Conforme os argumentos médicos e jurídicos apresentados, concluiu-se pela atipicidade da conduta de interrupção de gestação de feto anencéfalo.<sup>147</sup>

Em decorrência do Direito Penal mínimo, tacitamente instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil, o critério de criminalização de condutas e o objeto de proteção da norma penal passou a ser o bem jurídico, definido através do texto constitucional como sendo ou não penalmente relevante. De acordo com os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, e do bem-estar social, princípios fundamentais do Estado brasileiro, é impossível a utilização do Direito Penal como instrumento de imposição de um "comportamento padrão" próprio do modo de produção capitalista e dos valores religiosos (judaico-) cristãos.

Conforme o princípio da lesividade<sup>148</sup>, a criminalização ou não de condutas deve ser decorrente da efetiva lesão (ou ausência de lesão) de bens jurídicos penalmente relevantes. Dentre os bens jurídicos apontados pela Lei Maior como merecedores de proteção penal, encontra-se a vida humana, que é devidamente tutelada pelos artigos 121 a 128 do Código Penal, bem como por outros dispositivos que punem lesões à vida humana.

Dentre tais dispositivos, encontra-se a figura típica do abortamento (artigos 124-128 do Código Penal), cuja punição, porém, exige a morte do feto como produto direto da ação abortiva.

Assim, percebe-se que o objeto de proteção jurídica vida humana não está presente nestes casos. A proteção da vida a qualquer custo não pode justificar a criminalização de um ato terapêutico, que estaria a reduzir o sofrimento da mãe. Existe, neste caso, um conflito de valores entre uma vida rudimentar, não digna, e inviável, e a dignidade de uma mãe, que não pode ser obrigada a suportar uma gestação de nove meses, cujo resultado não será um momento de celebração da

---

<sup>147</sup> Embora se reconheça a solução jurídica dada por outros doutrinadores, tais como a tentativa inidônea, a ausência de antijuridicidade ou ausência de culpabilidade, acredita-se que a ausência de tipicidade penal prejudica a análise dos demais elementos do conceito analítico de crime.

<sup>148</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2006. p.25-26.

vida, mas sim um ritual de morte. A solução deste conflito é clara, tendo em vista que a (sobre)vida de um ser que sequer se assemelha a um ser humano não pode afastar o princípio da dignidade da pessoa humana, pedra angular do ordenamento jurídico constitucional pátrio.

A criminalização da interrupção de gravidez de anencéfalos não condiz com a realidade constitucional vivida pelo Estado brasileiro. É fundada, em sua maior parte, em bases religiosas e morais, o que não se harmoniza com o critério de criminalização de condutas adotado pela Constituição.

Ausente objeto de proteção penal, ausente também o caráter criminoso da conduta, o que configura sua inegável atipicidade.<sup>149</sup> Afinal, o Direito Penal não pode ser fonte de graves injustiças sociais, como o triste desfecho do HC 84.025-6/RJ citado acima.

Como bem sintetizado pelo Procurador de Justiça Luiz Renato Skroch Andretta,

Sob outro prisma, impõe-se reconhecer que, dentro das finalidades do Direito Penal, não há o porquê de se fazer incidir a norma incriminadora no caso em comento: do ponto de vista social, antes de causar repulsa, a conduta da interrupção da gravidez é compreensível e provoca a consternação das pessoas sensatas em relação àqueles que esperam o nascimento de um filho portador de um problema tão chocante. Por outro lado, não se compreende como se poderia cogitar punir pais pela iniciativa de interromper uma gravidez nestas circunstâncias: o Direito Penal não pode ser tão cruel e impiedoso assim – seguramente não se presta a isso, e essa não é, com certeza, uma de suas finalidades.<sup>150</sup>

Dessa forma, não cabe a um Direito Penal dito democrático obrigar alguém a um martírio, fonte de intenso sofrimento, uma verdadeira tortura psicológica. Não seria doloroso o bastante para uma mãe, que tinha diversos planos e expectativas para seu futuro filho – recém-concebido –, descobrir que o mesmo é portador de uma anomalia incompatível com a vida humana, e que, dessa forma, jamais terá um futuro – uma vida digna e autônoma, como ela havia desejado? Seria necessário que, além disto, fosse imposta ainda uma pena criminal a ela? Entende-se que não.

---

<sup>149</sup> Mais um argumento que reforça a tese de que a interrupção de gestação de anencéfalos seria fato atípico é o Projeto de Lei n.º 5.166, do Deputado Federal Pastor Takayama, que visa incluir o "aborto de feto anencéfalo" no rol das hipóteses abortivas.

<sup>150</sup> BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. Parecer, de 21 de maio de 1998. **Interrupção de gravidez em caso de anencefalia.**

## CAPÍTULO 4

### A ENCRUZILHADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 4.1 OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Muito embora o Supremo Tribunal Federal já tenha apreciado o tema da anencefalia anteriormente, o deslinde da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 suscita inúmeros questionamentos acerca dos limites e possibilidades da atuação deste Tribunal.

Conforme esclarecido no item 1.2 do primeiro capítulo, a primeira vez em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou um caso de anencefalia foi no *Habeas Corpus* n.º 84.025-6/RJ, mais conhecido como "Caso Gabriela". De tal processo, porém, o julgamento restou prejudicado, em virtude do falecimento do feto, e, ainda que o Relator do *writ*, o Ministro Joaquim Barbosa, tenha divulgado seu Voto favorável à antecipação do parto, na realidade, a matéria não foi votada e, portanto, não se criou um precedente sobre o assunto.

Por outro lado, desde então, os vários Projetos de Lei que versam sobre a permissão ou proibição da interrupção de gestação de feto anencéfalo ainda não foram devidamente apreciados pelo Congresso Federal.

A título de ilustração, em consulta aos bancos de dados do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, encontraram-se três e dois Projetos de Lei versando sobre a regulamentação da interrupção de gestação de fetos anencefálicos, respectivamente.<sup>151</sup> Importante destacar que todos eles foram propostos posteriormente ao ajuizamento da ADPF n.º 54, ou seja, antes do ingresso deste tema no Supremo, a anencefalia, aparentemente, não tinha relevância alguma para o Congresso Nacional.<sup>152</sup>

Com relação aos projetos que tramitam perante o Senado Federal, o PLS n.º 227/2004, de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti, propõe a alteração do artigo 128 do Código Penal para nele incluir a hipótese de anencefalia, desta forma permitindo a antecipação de gestação. Tal projeto ainda depende de análise por

---

<sup>151</sup> O número contabiliza os Projetos de Lei que estão em tramitação. Os projetos de Lei arquivados não foram somados.

<sup>152</sup> Até mesmo os Projetos de Lei arquivados são de data posterior ao ajuizamento da ADPF n.º 54.

parte das comissões do Senado. O outro Projeto é o PLS n.º 405/2005, proposto pela Senadora Serys Slhessarenko, que visa alterar a lei n.º 9.434/1997, que dispõe sobre a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento para permitir o transplante de órgãos de doadores anencéfalos. Tal proposição se encontra há aproximadamente um ano e seis meses pronto para ser votado, porém, até o presente momento, resta na mesma situação.

Já no que concerne aos projetos em trâmite na Câmara dos Deputados, o PL n.º 4834/2005 objetiva modificar o artigo 128 do Código Penal para incluir no rol de espécies abortivas permitidas a hipótese de anencefalia (desde 05/12/2007 se encontra sob análise na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados). Em sentido mais amplo, o PL n.º 4403/2004 tem como escopo isentar de pena a prática de aborto terapêutico em caso de anomalia do feto, incluindo dentre estes os fetos anencéfalos (foi desarquivado no início de agosto de 2008). Por fim, o PL 1459/2003, de autoria do Deputado Dr. Talmir, pretende tornar crime a antecipação de parto de fetos anencéfalos (está há cinco meses sob análise da Comissão de Seguridade Social e Família).

Desse modo, constata-se uma expressiva demora na tramitação de tais projetos, o que leva a crer não se tratar de um assunto de tanta relevância na agenda do Poder Legislativo.

Sendo assim, diante da inércia dos legisladores em regulamentar a disciplina da antecipação de gestação de anencéfalos, caberá, inevitavelmente, ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra sobre essa temática. Assim como nessa situação, a inércia dos poderes públicos tem contribuído para que na pauta do Supremo figurem temas cotidianos de extrema relevância política.<sup>153</sup> Tal atuação particular do Supremo é chamada de ativismo judicial, o qual se caracteriza pela atuação legislativa de tal instância, proferindo sentenças com teor aditivo. É o que explica o atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes:

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF n.º 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva. Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF n.º 54, atuar como verdadeiro

---

<sup>153</sup> Como exemplo, citam-se os casos julgados sobre Nepotismo, Células-tronco.

legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.<sup>154</sup>

Ainda que tal prática receba diversas críticas – inclusive de próprios Ministros da Corte – pelo fato de supostamente invadir a competência dos demais Poderes da Federação, trata-se de uma necessidade que se coloca diante da defesa da Constituição. Isso porque, o Supremo Tribunal Federal é a instância jurisdicional máxima do Brasil. À este Tribunal cabe à "guarda da Constituição", conforme determina o artigo 102 da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello aduz que:

**Nem se censure eventual ativismo judicial** exercido por esta Suprema Corte, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam** esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, **de que resulta** uma positiva criação jurisprudencial do direito, **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. **Na realidade**, o Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões inconstitucionais** dos órgãos estatais **e ao adotar** medidas que objetivem restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos poderes do Estado, **nada mais faz** senão cumprir a sua missão constitucional **e demonstrar**, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

**Práticas de ativismo judicial**, Senhor Presidente, **embora** moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, excessivamente, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos **por expressa determinação** do próprio estatuto constitucional, **ainda mais se se tiver presente** que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI n.º 3510, p.35. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2008.

<sup>155</sup> Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello..., em 29/04/2009, por ocasião do transcurso do primeiro ano de mandato do Senhor Ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal. p.12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM29abr.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2008.

Ressalta-se que, em decorrência do disposto no artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal, uma vez tendo sido proposta a ADPF n.º 54, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de julgar tal ação.<sup>156</sup> Ademais, por força do artigo 93, inciso IX, também da Constituição, as decisões devem ser fundamentadas.

Nesse atuar, tem se tornado comum a utilização da técnica da "interpretação conforme a Constituição Federal" e a realização de audiências públicas com a comunidade. Todavia, antes de adentrar na análise dessas duas técnicas, abordar-se-á sucintamente a experiência de algumas Cortes internacionais a respeito do aborto.

#### 4.2 EXPERIÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES EM OUTROS PAÍSES

Em diversos países, os temas do aborto e da interrupção de gestação de fetos anencéfalos já foram apreciados pelos tribunais constitucionais.<sup>157</sup> Diante da multiplicidade de pronunciamentos judiciais sobre a matéria, opta-se por abordar apenas os casos norte-americano – pois foi o primeiro país a enfrentar o tema do aborto –, português – em virtude do recente plebiscito que versou sobre a interrupção de gestação – e argentino – que enfrentou um caso específico de anencefalia.

A primeira decisão sobre o aborto foi proferida nos Estados Unidos da América em 1973, no célebre *hard case* *Roe x Wade*. A Suprema Corte Norte Americana declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que restringia a possibilidade de aborto para as hipóteses em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. O fundamento utilizado foi o de que a gestante teria o direito à privacidade, que abrangeria o direito de decidir por levar ou não a termo a gravidez. A Corte ainda, aproveitou a oportunidade para regulamentar a matéria, estabelecendo diferentes regras conforme o mês de gestação. Dessa forma, apenas a partir do terceiro trimestre da gestação os Estados poderiam restringir a realização do aborto,

---

<sup>156</sup> Artigo 5.º, inciso XXXV e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

<sup>157</sup> Em ordem cronológica, tem-se: Estados Unidos (1973), Áustria (1974), França (1975), Itália (1975), Alemanha (1975), Noruega (1983), Portugal (1984), Espanha (1984-85), Canadá (1988) e Argentina (2001). (Memorial apresentado pela Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde (CNTS) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/>>. Acesso em 14 de maio de 2005.



"objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe".<sup>158</sup>

Já no que concerne ao debate Português, o acórdão n.º 25, de 1984, julgou constitucional uma lei lusitana que permitia o aborto nos casos de risco à vida e à saúde física e psíquica da gestante, além das hipóteses de feto com doença grave e incurável e gravidez fruto de violência sexual.

Mais tarde, os acórdãos n.º 85, de 1985 e n.º 288, de 1998, só vieram a reforçar o entendimento de que a vida intra-uterina é protegida pela Constituição Federal, mas com menor intensidade que a vida das pessoas já nascidas, em especial a da gestante.

Recentemente, em 11 de fevereiro de 2007 foi realizado em Portugal um Referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez. A questão à qual os portugueses deveriam responder era: "Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?".<sup>159</sup>

O resultado (conforme o gráfico abaixo) foi a vitória da interrupção voluntária da gravidez com quase 20% de vantagem:<sup>160</sup>

QUESTÃO	NÚMERO DE VOTOS	% DE VOTOS
<b>Sim</b>	2.231.529	59,25
<b>Não</b>	1.534.669	40,75
Boletins Brancos	48.094	1,25
Boletins Nulos	25.884	0,67
<i>Afluência</i>	3.840.176	(43,57)

Por derradeiro, o debate que mais se assemelha com o brasileiro foi o enfrentado pela Suprema Corte Argentina em 11 de janeiro de 2001. Ao se deparar com um caso de anencefalia, em que a gestante de feto anencéfalo pretendia interromper a gestação, o Tribunal entendeu que não se tratava de aborto, ante a inviabilidade vital do feto. Outrossim, considerou-se que o direito à saúde física e psíquica da mãe deveria prevalecer em relação à precária vida do anencéfalo.

<sup>158</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.8.

<sup>159</sup> Disponível em: <<http://www.agencialusa.com.br/index.php?iden=6278>>. Acesso em: 11 fev. 2007.

<sup>160</sup> Disponível em: <<http://www.agencialusa.com.br/index.php?iden=6278>>. Acesso em: 11 fev. 2007.

Reproduz-se parte da decisão:

Faz-se referência também ao sofrimento materno, porque uma vez comprovada a inviabilidade do feto, a mãe não busca com sua ação provocar-lhe a morte, já que o nascimento prematuro não irá alterar em nada a possibilidade nula de sua sobrevivência, motivo pelo qual não haveria conflito entre os direitos de ambos.

O único direito a ser considerado de acordo com este ponto de vista, é o direito à saúde do qual teria sido privada a mãe diante da recusa dos diretores do hospital, sem que tal implique no desconhecimento ou na negação dos direitos da criança. Neste sentido, a solicitação da requerente contribuiria para aliviar seu sofrimento e de sua família, bem como reduzi-lo no futuro. Tal argumento é sustentado com numerosas citações relacionadas à proteção dos direitos da mulher.<sup>161</sup>

Sem dúvida, o precedente da Corte Suprema de Justiça da Argentina poderá contribuir sobremaneira para a discussão presente na ADPF n.º 54, haja vista se tratar de caso muito similar ao que ora está em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>162</sup>

#### 4.3 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A Interpretação Conforme a Constituição é uma técnica hermenêutica largamente utilizada nas Cortes Constitucionais contemporâneas. Essa modalidade interpretativa tem como finalidade adequar a norma do caso concreto à norma constitucional. Seu escopo é fornecer instrumentos para que se mantenha a unidade da Constituição e do ordenamento jurídico, além de servir como critério hermenêutico

---

<sup>161</sup> Tradução livre da autora do original: "*Hace referencia también al sufrimiento de la madre, porque una vez establecido que el feto es inviable, ello no busca con su acción provocar su muerte, ya que el nacimiento prematuro no incidirá en su posibilidad nula de supervivencia, motivo por el cual no existirían conflictos de derechos entre ambos. El único derecho a considerar según esta opinión, es el derecho a la salud del que habría sido desprovista la madre en virtud de la negativa de los directivos del hospital, sin que ello implique un desconocimiento o una denegación de los derechos del niño. En este sentido, lo solicitado por la amparista, contribuiría a atenuar su padecimiento y el de su familia y a mitigarlo en el futuro. Argumento sostenido con profusas citas relativas a la protección de los derechos de la mujer.*" (Decisão proferida pela Corte Suprema de Justiça da Argentina. T. 421. XXXVI, p.10. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/displaySumarioPreview.jsp>>. Acesso em: 25 nov. 2004).

<sup>162</sup> "Vale destacar que a legislação criminal da Argentina muito se assemelha à brasileira, já que não admite o abortamento por solicitação da gestante, nem faz qualquer menção à hipótese de patologia fetal. Foi diante dessas circunstâncias análogas às nossas que a Suprema Corte decidiu, por maioria, pela licitude da interrupção da gravidez de feto anencéfalo." (FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção da gravidez de feto anencefálico: uma análise Constitucional. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.119).

e como mecanismo de controle de constitucionalidade.<sup>163</sup> É nesse sentido a lição de Konrad Hesse, para quem:

*O princípio encontra suas raízes, antes, no princípio da unidade da ordem jurídica: por causa dessa unidade, leis que foram promulgadas sob a vigência da Lei Fundamental devem ser interpretadas em consonância com a Constituição, e direito que continua a vigor, de época anterior, deve ser ajustado à nova situação constitucional.* Na medida em que o juiz decide sobre isso, ele tem de revisar a concretização da Constituição pelo legislador com base em uma concretização da própria Constituição e da lei.<sup>164</sup> (Grifou-se).

É nesta esteira que na petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 é requerida "a interpretação conforme a Constituição Federal" dos artigos do Código Penal referentes aos tipos abortivos. A tese defendida na ADPF n.º 54 é a de que a antecipação de gestação de feto anencéfalo não é uma modalidade de abortamento, tendo em vista a inviabilidade vital da qual padecem os anencéfalos. A morte desses fetos é produto de sua malformação fetal incompatível com a vida, e não da antecipação de parto, haja vista não existir uma potencialidade de vida extra-uterina. Diante dessas circunstâncias, é defendido que a antecipação de gestação de fetos anencéfalos não deve receber o mesmo tratamento jurídico dispensado aos fetos abortivos.

Em apertada síntese, eis o pedido principal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54:

A violação dos preceitos fundamentais invocados decorre de uma específica aplicação que tem sido dada aos dispositivos do Código Penal referidos, por diversos juízes e tribunais: a que deles extrai a proibição de efetuar-se a

---

<sup>163</sup> Sobre o tema: BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.192. Da referida obra destaca-se o seguinte trecho: "À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal."

<sup>164</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.72.

antecipação terapêutica de parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina. O pedido, que ao final será especificado de maneira analítica, é para que este Tribunal proceda à interpretação conforme a Constituição de tais normas, pronunciando a inconstitucionalidade da incidência das disposições do Código Penal na hipótese aqui descrita, reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.<sup>165</sup>

Ademais, ressalta-se que a parte especial do Código Penal data de 1943, de modo que seria impossível que tal legislação contemplasse a possibilidade de antecipação de parto de feto anencefálico, em razão da precariedade dos exames pré-natais da sociedade daquela época.

Urge, portanto, que os institutos e tipos legais contidos no Código Penal sejam lidos conforme a nova ordem constitucional, esta hierarquicamente superior.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 05 de março e 29 de maio de 2008 o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510, que versava sobre a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica.<sup>166</sup> Ainda que o veredicto tenha sido proferido no sentido de que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida nem o Princípio da dignidade da pessoa humana, destacaram-se os Votos divergentes dos Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, por terem sugerido alterações no artigo 5.º da Lei n.º 11.105/05 que fariam com que ela se adequasse aos ditames da Constituição Federal de 1988.

Os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, em que pese não entendam haver inconstitucionalidade no referido artigo, declararam a necessidade de as pesquisas com células-tronco embrionárias sejam rigidamente fiscalizadas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa.

Conforme Voto do Ministro Cezar Peluso:

**A legislação vigente precisa ajustar-se, no ponto, aos ditames constitucionais**, para que compreenda, no alcance de normas mais severas e peremptórias, todos os responsáveis pelo efetivo controle que pretende seja exercido, sobretudo pelo Estado, de modo bastante próximo. Isto exige edição de lei específica para cominação de responsabilidade criminal, ou

<sup>165</sup> BARROSO, Luis Roberto. Petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 54. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tomo III. p.560-561.

<sup>166</sup> Na primeira Sessão foram proferidos Votos dos Ministros Carlos Ayres Britto (Relator) e Ellen Grace Northfleet. Em seguida, o Ministro Menezes Direito pediu vistas. O julgamento foi retomado em 29 de maio de 2008.

interpretação que não excluísse das hipóteses legais da lei vigente, à primeira vista só imputável aos pesquisadores, os integrantes dos comitês de ética e pesquisa. Não sendo possível, no âmbito da função jurisdicional, nem a criação de normas, nem tal extensão hermenêutica em matéria criminal, será preciso acentuar, perante a ordem constituída, a responsabilidade penal dos membros dos comitês de ética (CEPs) e da própria Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS), nos termos do art. 319 do Código Penal, sob pena de ficar dúvida sobre a existência de instrumentos de intimidação ou inibição legal com força suficiente para, acomodando as normas à Constituição, refrear a tendência à lassidão ou à estudada passividade no controle das pesquisas. É que os membros do comitês estão obrigados a: **a)** revisar os protocolos de pesquisa, para os aprovar, até sob condições, ou não; **b)** acompanhar os desenvolvimento dos projetos; **c)** receber denúncia de abusos e irregularidades, fazendo instaurar sindicância a respeito e decidindo sobre a continuidade, modificação ou suspensão da pesquisa (item VII.13, letras **a, b, d, f e g**).

Também tenho por indispensável submeter as atividades de pesquisas ao crivo reforçado de outros órgãos de controle e fiscalização estatal, declarando-lhes, expressa e inequivocamente, a submissão dos trabalhos, como da tribuna sugeriu a advocacia do Senado Federal, ao '*Ministério da Saúde, (o) Conselho Nacional de Saúde e (a) Agência Nacional de Vigilância Sanitária*', na forma que venha a ser regulamentada, em prazo que delibere a Corte.<sup>167</sup>

Já os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau condicionaram ao prosseguimento das pesquisas algumas ressalvas, entre elas a de que **embriões viáveis não podem ser destruídos para a retirada de células-tronco**, como explica o excerto a seguir:

O art. 5.º da Lei n.º 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.<sup>168</sup>

Sendo assim, caso o pedido de "interpretação conforme a Constituição" postulado na ADPF n.º 54 seja acolhido, entende-se improvável que a hipótese da anencefalia, não contemplada expressamente por um tipo penal, seja punida. Além deste fato, como já dito, ser **atípico**, aceitar uma interpretação extensiva do Código Penal descontextualizada da nova ordem constitucional violaria diversos princípios

---

<sup>167</sup> Voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, p 44-45. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 jun. 2008.

<sup>168</sup> Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, p.36. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 jun. 2008.

da Carta de 1988, tais como a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde da gestante.<sup>169</sup>

#### 4.4 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS NA ADPF N.º 54

A primeira audiência pública realizada por iniciativa do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 20 de abril de 2007 na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510 que versou sobre a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. A segunda audiência ocorreu em 27 de junho de 2008, na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 101, que trata da importação de pneus usados.

A utilização desse procedimento se coaduna com principiologia de índole constitucional, conforme explica Regina Nery Ferrari:

A ordem jurídica brasileira, a partir da Constituição de 1988, propicia cada vez mais a realização da Democracia participativa; e a legislação infraconstitucional intensifica esse processo, viabilizando o amadurecimento crítico da sociedade e a aproximação do Estado com a sociedade, de modo que, levando a uma maior identidade entre os propósitos da sociedade civil e as decisões do aparato estatal, se consiga chegar à paz, ao progresso e a justiça, com moralidade e realidade.<sup>170</sup>

No caso da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, diante da complexidade da matéria em apreço, foram realizadas quatro audiências públicas nas quais foi coletada a opinião de cerca de 25 representantes de entidades médicas, de instituições religiosas, Ministros de Estado e cientistas, entre outros. Na primeira, foram ouvidas as entidades religiosas. Em seguida, o debate ficou por conta de instituições médicas e Deputados Federais. Na terceira e quarta audiências, foram ouvidos Ministros, médicos, antropólogos e sociólogos. Relataremos, sinteticamente, as questões de maior relevância ventiladas nesses quatro encontros de discussão.

---

<sup>169</sup> Artigos 1.º, inciso III, 5.º, inciso X, 6.º e 196, da Constituição Federal de 1988.

<sup>170</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto (Orgs.) **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.349-350.

A primeira audiência se prestou a ouvir as entidades religiosas sobre a interrupção de gestação de fetos anencéfalos.<sup>171</sup> Ao todo, foram ouvidas cinco entidades, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Igreja Universal do Reino de Deus, a Associação Médico Espírita (AME), a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e as Católicas pelo Direito de Decidir.

A igreja Universal do Reino de Deus e as Católicas pelo Direito de Decidir defenderam caber à gestante a decisão de levar ou não até o fim a gravidez. Esta última entidade argumentou também ser equivocada a imposição da moral religiosa, de modo a transformá-la em política pública.

As outras entidades, por sua vez, opinaram pela impossibilidade da interrupção de gestação de anencéfalos. Na perspectiva cristã, apresentada pela CNBB, "o feto é um ser humano vivente e sua reduzida expectativa de vida não nega seus direitos". Ainda, o sofrimento da mãe não justificaria o sacrifício de uma vida humana. A Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família defendeu posição similar a da CNBB, tendo ressaltado que a medicina não é pacífica em relação aos níveis de consciência presentes nos fetos. Por fim, a Associação Médico-Espírita do Brasil asseverou que a vida do feto, ainda que mal formado, deve prevalecer em relação aos direitos da gestante.

Já na segunda audiência, realizada em 28 de agosto de 2008, foram ouvidos representantes de entidades médicas e Deputados Federais autores de Projetos de Lei sobre a antecipação de parto de anencéfalos ou sobre aborto.<sup>172</sup> A característica marcante dessa audiência foi a concordância quase unânime acerca da inviabilidade vital dos anencéfalos, a certeza proporcionada pelo diagnóstico, a alta incidência dessa enfermidade no Brasil e a tortura psicológica que levar a termo uma gestação desse tipo representa para muitas grávidas. Nesse sentido, opinaram o Conselho

---

<sup>171</sup> Audiência dia 26/08/2008 – Entidades Religiosas: 1) Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Representante: Padre Luiz Antônio Bento; 2) Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família. Representante: Médico Rodolfo Acatauassú; 3) Igreja Universal Representante: Bispo Carlos Macedo de Oliveira; 4) Católicas pelo Direito de Decidir. Representante: Maria José Fontelas Rosado Nunes; 5) Associação Médico-Espírita do Brasil – AME. Representante: Marlene Rossi Severino Nobre.

<sup>172</sup> Audiência dia 28/08/2008 – Organizações e Associações: 1) Conselho Federal de Medicina – CFM. Representante: Dr. Roberto Luiz D'ávila; 2) Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. Representante: Prof. Dr. Jorge Andalaft Neto. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Representante: Dr. Thomaz Rafael Gollop; Deputado Federal José Aristodemo Pinotti; Deputado Federal Luiz Bassuma; Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto. Representante: Prof. Lenise Aparecida Martins Garcia; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS. Representante: Débora Diniz.

Federal de Medicina, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e o Deputado Federal José Pinotti.

Apenas a Dr.<sup>a</sup> Lenise Aparecida Martins Garcia, Presidente do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil Sem Aborto e o Deputado Federal Luiz Bassuma, defensor da punição inclusive nos casos de retirada de fetos concebidos por estupro, se posicionaram contrariamente à interrupção de gestação de anencéfalos. Para a Dra. Lenise, o tempo de vida e a suposta inexistência de consciência nos anencéfalos ainda não ficou totalmente provada, de forma que a situação desses fetos deve ser tratada com cautela. Já para o Deputado Bassuma, a permissão da interrupção de fetos anencéfalos poderia servir de argumento para o aborto de fetos portadores de outras deformidades, como por exemplo a síndrome de Down.

Na terceira audiência<sup>173</sup>, o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, defendeu o direito de escolha da gestante, e afirmou que o Sistema Único de Saúde tem condições para fornecer um diagnóstico seguro da anencefalia e acompanhar a gestante durante a gravidez. Em igual sentido, argumentou a socióloga e cientista política Jacqueline Pitanguy, que representou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. A jornalista Cláudia Werneck, fundadora da organização da sociedade civil Escola de Gente – Comunicação em Inclusão destacou que a anencefalia não se confunde com as deficiências físico-mentais. A representante da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Lia Zanotta Machado, relatou a experiência de quatro mulheres cuja gravidez foi diagnosticada com feto anencéfalo.

Em sentido contrário à interrupção de gestação de fetos anencéfalos a representante da Associação para o Desenvolvimento da Família (Adef), Ieda Therezinha Verreschi, disse que há vida humana no feto anencéfalo e, por isso, retirá-lo do útero antes do momento do parto seria "um retorno da sociedade à barbárie". Igualmente, o obstetra Dernival da Silva Brandão opinou que a manutenção da gravidez de anencéfalos propicia um aumento da dignidade da gestante. Derradeiramente, a

---

<sup>173</sup> Audiência dia 04/09/2008 – Ministros, Associações: 1) Ministro da Saúde José Gomes Temporão; 2) Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Representante: Jacqueline Pitanguy; 3) Organização da sociedade civil Escola de Gente – Comunicação em Inclusão. Representante: 4) Cláudia Werneck; Rede Nacional Feminista de Saúde, 5) Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. Representante: Lia Zanotta Machado; 6) Associação para o Desenvolvimento da Família (Adef). Representante: Ieda Therezinha Verreschi; 7) Dr. Dernival da Silva Brandão – obstetra; 8) Dr.<sup>a</sup> Cinthia Specian - médica pediatra.



médica pediatra Cinthia Specian defendeu que o diagnóstico de morte encefálica não deve ser utilizado para a anencefalia. Ao final, disse que o protocolo para diagnóstico de morte encefálica indicado pelo Conselho Federal de Medicina só pode ser aplicado a um paciente que tenha mais de sete dias de vida extra-uterina.

Na quarta e última audiência, a Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéia Freire, a socióloga Eleonora Menecucci de Oliveira e o médico psiquiatra Talvane Marins de Moraes, sustentaram a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Em sentido contrário, manifestou-se apenas a obstetra Elizabeth Kipman Cerqueira, que defendeu que os anencéfalos não são natimortos cerebrais.

A avaliação final que se pode fazer do conjunto de audiências realizadas pelo Supremo é a mais favorável possível. Os vários segmentos da sociedade tiveram oportunidade de se manifestar e as diferentes visões acerca da anencefalia certamente contribuirão para o julgamento final da ADPF n.º 54. A seguir, explicitar-se-á dois temas que foram suscitados durante as audiências e que se revelam muito importantes para o tratamento jurídico da anencefalia.

#### 4.4.1 O caso da menina Marcela de Jesus

Um dos mais robustos argumentos invocados para impedir a interrupção de gestação de fetos anencéfalos é o caso da menina Marcela de Jesus, que ganhou grande repercussão. A criança, supostamente anencéfala, nasceu em Patrocínio Paulista, no interior de São Paulo e viveu por cerca de um ano e oito meses, tendo falecido em decorrência de problemas respiratórios.<sup>174</sup>

A longa sobrevivência de Marcela emocionou várias pessoas e fortaleceu as posições que lutam pela inviolabilidade do direito à vida.

Impende ressaltar, entretanto, que ela não era anencéfala. Segundo uma junta médica formada por especialistas em medicina fetal e neurologia pediátrica, Marcela padecia de merocrania, um defeito menos grave na formação do crânio, por

---

<sup>174</sup> LOPES, Adriana Dias. A menina sem estrela. **Revista Veja**, p.122-123, 15 ago. 2007.

preservar algumas partes do cérebro. Tal enfermidade é muito rara, tendo sido catalogados apenas dez casos na literatura médica.<sup>175</sup>

Sendo assim, a criança do interior paulista não pode ser tomada como paradigma na discussão acerca da anencefalia. Lamentavelmente, como adverte André Petry

acontece que tomar o exemplo de Marcela, o milagre divino, o símbolo antiaborto, para proibir a interrupção de gestação de fetos sem cérebro é exploração desonesta da tragédia alheia. [...] Na sessão do Supremo, sempre pode aparecer alguém – bem intencionado, lógico – dizendo que o aborto de feto sem cérebro tem de ser proibido porque ainda pode haver centenas de Marcelas vivendo anos a fio. Se você ouvir isso, saiba: é um ardil.<sup>176</sup>

E, lamentavelmente, a previsão feita por Petry se tornou realidade, na medida em que a situação vivida por Marcela foi utilizada diversas vezes para defender que os anencéfalos poderiam viver meses após o parto. Espera-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não sucumbam a essa falácia e julguem a anencefalia a partir de informações fidedignas.

#### 4.4.2 A suposta possibilidade de doação de órgãos de anencéfalos

Entre os argumentos utilizados para defender a impossibilidade de interrupção de gestação de anencéfalos, encontra-se o fato de que eles poderiam doar seus órgãos para outras crianças e, dessa forma, sua breve existência teria um sentido digno e nobre.

Todavia, tal argumento é equivocado do ponto de vista ético e médico. Do ponto de vista ético, entende-se que impedir uma gestante de interromper uma gravidez de anencéfalo pelo motivo que esse ser poderá doar seus órgãos a outro seria uma forma de utilitarismo do feto e de impor uma tortura à mãe em nome de terceiros que potencialmente poderiam ser beneficiados com esses órgãos.

---

<sup>175</sup> Médicos afirmam que Marcela não sofria de anencefalia. (Disponível em: <<http://ciencia.esaude.uol.com.br/ultnot/estado/2008/08/28/ult4513u1444.jhtm>>. Acesso em: 28 ago. 2008).

<sup>176</sup> PETRY, André. **De olho no ardil**, p.67.

Por outro lado, no que toca às razões médicas, o transplante de órgãos de anencéfalos é praticamente inviável. Isso porque, conforme explica o Presidente do Conselho Federal de Medicina, Edson de Oliveira Andrade,

os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes.<sup>177</sup>

A hipoxemia é a deficiência anormal de oxigênio no sangue, que no caso dos anencéfalos ocorre devido à parada cardíaca. Como muitos órgãos podem sofrer uma oxigenação precária, acabam se degenerando, o que impossibilita sua utilização para fins de transplante.

Ademais, o Geneticista Salmo Raskin elucida que

os bebês que nascem sem cérebro não podem e não devem ser doadores de órgãos. Não podem porque eles, geralmente, morrem muito rápido e não dá tempo, pois o transplante em recém nascidos não é feito antes do sétimo dia de vida. E, segundo ele, mesmo que dê pra retirar os órgãos, eles estarão comprometidos.<sup>178</sup>

Logo, a manutenção da gestação de anencéfalos para que estes se tornem doadores de órgãos não é um argumento plausível para defender a impossibilidade de interromper esse tipo de gestação.

#### 4.5 PERSPECTIVAS PARA O JULGAMENTO DA ADPF N.º 54

Mais de quatro anos se passaram desde o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Com o término das audiências públicas que debateram os múltiplos aspectos envolvidos na anencefalia, neste momento, o processo aguarda a elaboração dos Votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para finalmente ser inserido na pauta de votação. Segundo

---

<sup>177</sup> ANDRADE, Edson de Oliveira. **Resolução CFM n.º 1.752, de 8 de setembro de 2004**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752\\_2004.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm)>. Acesso em: 30 set. 2005.

<sup>178</sup> GENETICISTA diz que a anencefalia é “algo extremamente freqüente”. **Notícias STF**, 28 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95145&caixaBusca=N>>. Acesso em: 25 set. 2008.

declarações do Relator da ADPF n.º 54, Ministro Marco Aurélio de Melo, é possível que o caso seja julgado em novembro do presente ano.<sup>179</sup>

De qualquer maneira, durante o trâmite da ADPF n.º 54, foi possível coletar algumas opiniões dos Ministros do STF sobre o tema, o que nos permite traçar algumas previsões para o julgamento final deste processo.

Em primeiro lugar, o Ministro Marco Aurélio já se mostrou ser favorável à interrupção de gestação de fetos anencéfalos. O Ministro acredita que esse caso não se assemelha com o aborto e também entende que a gestante tem direito a decidir levar ou não até o fim a gravidez.

Soma-se aos defensores da interrupção de gestação de fetos anencéfalos o Ministro Joaquim Barbosa, cuja decisão no "Caso Gabriela" é abaixo reproduzida parcialmente:

Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.<sup>180</sup>

Em contrapartida, o Ministro Cezar Peluso expressou no seu Voto da Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 3510 ser desfavorável à interrupção de gestação de fetos anencéfalos por acreditar que estes, apesar de serem malformados, possuem vida, e esta deve ser protegida. Eis o seu pronunciamento:

---

<sup>179</sup> MINISTRO Marco Aurélio prevê que ADPF sobre anencefalia deve ser julgada até novembro. **Notífcas STF**, 26 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94998&caixaBusca=N>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

<sup>180</sup> BARBOSA GOMES, Joaquim. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa no HC n.º 84.025/2004. (SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.)). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.86).

É evidente que, existindo *vida* de pessoa humana, sob qualquer forma e manifestação, deve ser protegida pelo ordenamento. É o caso, p. ex., dos fetos, sádios ou anencéfalos, das pessoas que, por infortúnio, sejam vítimas de deformidades, das mais leves às mais teratológicas, e ainda daquelas em estado terminal, todas dignas do maior respeito e proteção constitucionais. Assim também é o caso dos embriões implantados. Não, porém, dos simples embriões isolados, que, posto corporifiquem patrimônio genético humano, não têm vida no sentido e como objeto da tutela constitucional.

[...]

Como afirmei, no julgamento da **ADPF n.º 54-MC**, '*no instante em que o transformássemos [o feto anencéfalo] em objeto do poder de disposição alheia, essa vida se tornaria coisa (res) porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito.*' Naquela hipótese, tratava-se de **vida plena**, posto que **pré-natal**; nesta, cuida-se de algo sobre o qual o ordenamento jurídico franqueia *disponibilidade*, de um lado, e, de outro, determina *proteção*. Pode, até, não sem abuso ou perigo, ser chamada de *res*, mas *res* especialíssima, matéria-prima da vida, enquanto metaforicamente assimilável ao barro, pó da terra ou solo (*adamah*, em hebraico) de que fala a tradição judaico-cristã, no Antigo Testamento (Gen. 2,7).<sup>181</sup>

Ademais, ressalta-se que o subprocurador geral da República, Mario Gisé, que acompanhou as quatro audiências públicas realizadas no Supremo, irá elaborar um Parecer favorável à interrupção de gestação de fetos anencéfalos. Dessa forma, há possibilidade do Ministério Público Federal alterar sua posição sobre a ADPF n.º 3510.<sup>182</sup>

De qualquer forma, espera-se que o Supremo Tribunal Federal não protele demais a data de julgamento da ADPF n.º 54, haja vista o número de gestantes de fetos anencéfalos que sofrem por não terem certeza se têm ou não direito de interromperem sua gestação.

Outrossim, percebe-se que um dos grandes entraves para um debate amplo e plural acerca da anencefalia reside nos argumentos religiosos que são invocados para condená-la sumariamente. Porém, impende ressaltar o caráter laico do Estado brasileiro, cuja importância é sintetizada nas palavras de Daniel Sarmiento:

---

<sup>181</sup> Voto proferido pelo ministro Cezar Peluso na ADI n.º 3510, p.12/27. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510CP.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2008.

<sup>182</sup> DIAS, Keyla Viana. Procuradoria Geral da República pode mudar parecer sobre aborto de anencéfalos. **Folha de S.Paulo**, 16 set. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u445425.shtml>>. Acesso em: 16 set. 2008.

A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação da adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada.<sup>183</sup>

Nessa esteira, o caráter laico do Estado deve se coadunar com outro direito constitucionalmente assegurado, que é a liberdade de crença (art 5.º; VI).

Esta pode se manifestar negativamente, ou seja, o cidadão tem direito a não crer em nenhuma religião e deve ter sua opção respeitada.

Por certo que a Igreja Católica e demais religiões, seitas e crenças têm o direito de se posicionar publicamente perante essa polêmica questão. Todavia, não se reputa correta a atitude de uma religião tentar impor a toda coletividade os seus valores e dogmas.<sup>184</sup>

Por outro lado, crê-se que o Estado deve apresentar razões públicas<sup>185</sup> para adotar ou não determinada medida. Tais razões devem ter como objeto "aquilo que a concepção de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a quem devem servir".<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.26.

<sup>184</sup> Ainda, ressalta-se que nem mesmo entre os católicos a contrariedade ao aborto é unânime. Em recente pesquisa, "80% dos que se afirmam católicos concordam com a interrupção da gravidez, quando o feto apresentar um problema grave e não tenha nenhuma chance de sobreviver após o nascimento (contra 21% que discordam e 3% que não sabem ou não opinaram)." (FERNANDES, Máira Costa. Interrupção da gravidez de feto anecefálico: uma análise Constitucional. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.130). Para mais informações acessar: <[www.ibope.com.br](http://www.ibope.com.br)> e vide anexo n.º 2.

<sup>185</sup> Por razões de ordem pública entende-se "a razão de cidadão iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar a sua Constituição." (RAWLS, John *Apud* FERNANDES, Máira Costa. Interrupção da gravidez de feto anecefálico: uma análise Constitucional. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.130).

<sup>186</sup> FERNANDES, Máira Costa. Interrupção da gravidez de feto anecefálico: uma análise Constitucional. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.130.

Por fim, cita-se Luís Roberto Barroso, que sintetiza brilhantemente a angústia enfrentada pelas gestantes de fetos anencéfalos:

Obrigar uma mãe, uma mulher, a sofrer as mudanças físicas e psicológicas que a gravidez traz e preparar-se para amamentar um filho que ela não vai ter e esperar nove meses pelo parto que para ela não será um momento de celebração da vida, mas um ritual de morte, atenta contra sua dignidade. E, portanto, o que se pede é que essa mulher, que já foi condenada a não ter um filho que queria, também não seja condenada a três anos de prisão.<sup>187</sup>

Entende-se, portanto, que a decisão final sobre o tema da anencefalia deve ser informada por argumentos jurídicos, e não deve se reduzir a lutas ideológicas ou religiosas. Deve, enfim, respeitar o direito da gestante: esta sim tem o direito de decidir se levará ou não a termo sua gestação. Em qualquer das duas hipóteses, deverá ter sua decisão respeitada e obter todo auxílio que precisar, sem preconceitos da sociedade.

---

<sup>187</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Constituição e Código Civil**: encontros e desencontros. Extraído da palestra proferida no VI Simpósio de Direito Constitucional realizado em Curitiba, em 06 out. 2004.

## CONCLUSÕES

Sintetiza-se abaixo as conclusões apreendidas a partir do desenvolvimento do presente estudo. Optou-se por apresentá-las em tópicos para privilegiar a objetividade e a clareza.

1. Anencefalia deve ser entendida como uma má-formação congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Tal anomalia é incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos;
2. Tal anomalia fetal – que, ressalte-se, sempre existiu – passou a receber maior atenção da seara jurídica a partir do momento em que os avanços da medicina pré-natal possibilitaram o diagnóstico precoce dessa enfermidade, desta forma emergindo a hipótese de interrupção de tal gestação;
3. O Brasil é um dos países com maior incidência de anencefalia, estando situado na 4.<sup>a</sup> colocação do *ranking* da razão entre número de fetos anencéfalos por cada nascimento divulgado pela Organização Mundial da Saúde. A incidência é de um caso de anencefalia em cada mil nascimentos;
4. A má-formação fetal consistente em anencefalia pode ter sua origem em fatores tanto genéticos quanto ambientais. A anomalia, porém, pode ser evitada pela ingestão de ácido fólico previamente à concepção;
5. Existem dois métodos de diagnóstico da anencefalia, que são o ultrassom e a amostra da dosagem de alfafetoproteína;
6. A gestação de fetos anencéfalos implica perigos para a gestante, em decorrência do excesso de líquido amniótico no útero materno e do maior tempo de trabalho de parto pelo qual se tem que passar;
7. Atualmente, no Brasil, só se é possível proceder à interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo mediante requerimento à Justiça Comum (Vara Criminal), situação em que é preciso ser apresentado um relatório médico detalhado que esclareça ser o feto portador de anencefalia, bem como anexados ao pedido exames de ultra-som (ao menos dois) que comprovem que o feto é portador de anencefalia e um laudo de avaliação



psicológica que ateste que a continuidade da gravidez trará efeitos negativos para gestante;

8. O direito à vida compõe o rol de matérias consideradas como cerne material da ordem constitucional, portanto constitui cláusula pétrea da Constituição vigente;
9. Para se definir o termo inicial da vida humana, deve-se tomar por referência a teoria neurológica, segundo a qual a vida do embrião se iniciaria com a formação das primeiras estruturas do sistema nervoso central, o que também ocorre a partir do 14.º dia após a fusão dos gametas;
10. O termo inicial da vida não é pacífico no âmbito da Medicina, conforme restou demonstrado na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 20 de abril de 2007;
11. O direito à vida não é algo absoluto no Direito pátrio, posto que a legislação infraconstitucional e a própria Constituição da República colocam exceções a tal direito;
12. O critério médico e jurídico para a morte é a parada total e irreversível das funções encefálicas, fenômeno conhecido por "morte cerebral";
13. Eugenia, traduzida como a morte e/ou posterior extirpação de fetos defeituosos, com intenção de eliminá-los da vida em sociedade, melhorando a raça humana e a deixando livre de seres considerados inúteis e indesejáveis, não se confunde com a interrupção terapêutica de gestação em caso de anencefalia, por tal anomalia fetal ser incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos;
14. Nos casos de interrupção terapêutica de gestação de feto anencefálico, não há que se falar em colisão de direitos fundamentais – vida do feto *versus* a dignidade da mãe –, tendo em vista que a vida extra-uterina do feto é inviável, impossível;
15. A interrupção de gestação de fetos anencéfalos não se encontra entre as hipóteses legais de aborto arroladas no artigo 128 do Código Penal;
16. O Direito Penal não se deve prestar a qualquer outra função que não a proteção de bens jurídicos constitucionalmente apontados como merecedores de tutela penal;

17. Só devem receber tutela penal aqueles bens jurídicos dotados de extrema relevância, nos termos da Constituição da República, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade (artigo 5.º, *caput*, da Constituição);
18. Não há que se falar em proteção ao bem jurídico vida nos casos de interrupção de gestação de feto anencefálico, pois o que vai se interromper é um processo de reprodução celular, não a vida de um feto, a expectativa de um ser humano, na medida em que não há ser humano sem cérebro e sem sistema nervoso central;
19. Não deve ser empregado o termo "abortamento" nos casos de interrupção da gestação de feto anencéfalo, pois tal prática se configura com a morte do feto como produto direto da ação abortiva;
20. A interrupção da gestação nos casos de anencefalia é fato penalmente atípico, pois o que se tutela no delito de "aborto" é o direito à vida, algo inexistente nos fetos anencefálicos – a deformação cerebral destes seres impede qualquer possibilidade de viver como um ser humano;
21. A criminalização da interrupção terapêutica de gestação de fetos anencéfalos é incompatível com o espírito democrático delineado pela Constituição Federal, pois caracterizaria um martírio imposto, que nada mais é que verdadeiro suplício;
22. Dada a inércia do atuar legislativo, mormente no que tange à anencefalia, será necessária a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n.º 54 de modo a regular a realidade aos mandamentos constitucionais;
23. A questão da interrupção terapêutica de gestação de fetos anencéfalos já foi abordada pela Suprema Corte argentina, e tal decisão deverá servir de auxílio no deslinde do julgamento da ADPF n.º 54;
24. Em virtude da unidade do ordenamento jurídico, leis que foram promulgadas sob a vigência da Constituição devem ser interpretadas em consonância com tal carta, e a legislação anterior que continuar em vigência deve ser ajustada à nova situação constitucional;
25. Nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal na instrução da APDF n.º 54 se evidenciou que a opinião majoritária entre

as diversas entidades consultadas é favorável à possibilidade de interrupção da gestação em casos de anencefalia;

26. Apesar da ampla divulgação pela mídia em sentido contrário, a menina Marcela de Jesus, supostamente tida por bebê anencéfalo que sobreviveu durante meses, não portava a anomalia consistente em anencefalia, mas sim merocrania, um defeito menos grave;
27. Por razões éticas e médicas, não é possível a doação de órgãos de fetos anencéfalos;
28. Um dos grandes entraves para um debate amplo e plural acerca da interrupção de gestação em caso de anencefalia reside nos argumentos religiosos que são invocados para condená-la sumariamente;
29. Em virtude da laicidade do Estado, porém, a decisão final da ADPF n.º 54 deverá levar em consideração apenas argumentos de ordem jurídicas, não devendo tal julgamento se reduzir a um palco de lutas ideológicas ou religiosas;
30. Deve-se, enfim, respeitar o direito da gestante: esta é quem tem o direito de decidir se levará ou não termo sua gestação.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Marcos J. B. et al. Defeitos de fechamento do tubo neural e fatores associados em recém-nascidos vivos e natimortos. **Jornal de Pediatria**, v.79, n.2, p.129-134, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, p.67-79, 1999.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDALAF NETO, Jorge. **Anencefalia**: posição da FEBRASGO. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>>. Acesso em: 07 set. 2006.

ANDRADE, Edson de Oliveira. **Resolução CFM n.º 1.752, de 8 de setembro de 2004**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752\\_2004.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm)>. Acesso em: 30 set. 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.155-178.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3.ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição e Código Civil**: encontros e desencontros. Extraído da palestra proferida no VI Simpósio de Direito Constitucional realizado em Curitiba, em 06 out. 2004.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Petição inicial da argüição de descumprimento de preceito fundamental n.º 54. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tomo III. p.559-601.

\_\_\_\_\_. A doutrina brasileira da efetividade. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p.31-85.

\_\_\_\_\_. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2008. p.153-174.

BEHRENS, Fabiele. Proteção da vida nascente: amparo ao embrião. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Estudos de biodireito**. Curitiba: Gênese, 2004. p.11-39.

BITTAR, Walter Barbosa. Aspectos jurídico-penais da autorização para o aborto do feto anencéfalo. **Revista Jurídica**, Brasília, n.313, p.86-99, nov. 2003.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORJA-ABURTO, Victor Hugo et al. Dificultades em los métodos de estudio de exposiciones ambientales y defectos del tubo neural. **Salud Pública de México**, v.41, Supl. 2, p.S124-S131, 1999.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. Parecer, de 21 de maio de 1998. **Interrupção de gravidez em caso de anencefalia**. Promotor de Justiça Substituto de Segundo Grau: Luiz Renato Skroch Andretta. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, autos de Apelação Criminal n.º 68095-9, Relator: Desembargador Gil Trotta Telles.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista Jurídica**, Brasília, n.327, p.79-98, jan. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Tereza Robichez de. **A antecipação terapêutica de parto na hipótese de anencefalia fetal**: estudo de casos do instituto Fernandes Figueira e a interpretação constitucional do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

CESARINO, Letícia da Nóbrega. Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões. **Mana**, n.13, p.347-380, 2007.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2.ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Aborto, a política do crime. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, v.25, p.13-24, jan./jun. 1978.

\_\_\_\_\_. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **A criminologia radical**. Curitiba: ICPC: Lumen Iuris, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.385-394.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.35-48.

DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília: ANIS, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2.ed. aum. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DORLAND: Dicionário Médico. 25.ed. Tradução de Paulo Marcos Agria de Oliveira. São Paulo: Roca, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. In: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (Org.). **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.11-20.

FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção da gravidez de feto anencefálico: uma análise Constitucional. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.111-158.

FERNÁNDEZ, Ricardo Ramires. Anencefalia: um estudo epidemiológico de treze anos na cidade de Pelotas. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.10, n.1, p.185-190, jan./mar. 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto (Orgs.) **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.325-351.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 11.ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. Um bom começo. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v.12, n.143, p.02, out. 2004.

GAFARE, Claudia E. **Ácido fólico uma vitamina essencial para a vida**. Disponível em: <[http://www.ultrasom3d.com/materias/acido\\_folico/acido\\_folico.htm](http://www.ultrasom3d.com/materias/acido_folico/acido_folico.htm)>. Acesso em: 03 fev. 2008.

GOLLOP, Thomas Rafael. Ética, direito e aborto por anomalia fetal. **Justiça e Democracia**, n.3, p.76, 1997.

GREENBERG, Mark S. **Manual de neurocirurgia**. 5.ed. Tradução de Ane Rose Bolner e Jussara Burnier. Porto Alegre: Artmed, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

IGREJA CATÓLICA. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. **A Igreja e o aborto: declarações de conferências episcopais**. Petrópolis: Vozes, 1972.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Eugenia e bioética: os limites da ciência face à dignidade humana. **Seleções Jurídicas**, n.3, p.28-33, abr. 2004.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; XAVIER, Luciana Pedroso. Interrupção de gestação de fetos anencéfalos: a incompatibilidade da criminalização com o estado democrático de direito. **Revista Jurídica Themis**, Curitiba, n.18, p.137-159, 2006/2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito à vida no Código Civil à luz da Constituição. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge (Coord.). **Direito à privacidade**. Aparecida: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão, 2005. p.57-83.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O direito penal na regulação da vida e da morte ante a biotecnologia**. 213f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

NATIONAL INSTITUTE OF NEUROLOGICAL DISORDERS AND STROKE. **Anencephaly information**. Disponível em: <<http://www.anencephaly.net/anencephaly.html>>. Acesso em: 18 nov. 2007.

NITRINI, Ricardo. **A neurologia que todo médico deve saber**. São Paulo: Atheneu, 2005.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n.15, p.96-106, 2005.

PEREIRA, Maria José Miranda. Aborto. **Revista Jurídica**, Brasília, v.8, n.179, p.37, maio 2004.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). **Organização das relações privadas: uma introdução ao direito privado com métodos de ensino participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

REZENDE, Jorge de; MONTENEGRO, Carlos Antônio Barbosa. **Obstetrícia fundamental**. 8.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1999.

RODRIGUEZ, Gisela Pita. **Acido fólico y vitamina B12 en la nutrición humana**. 1998. Disponível em: <[http://bvs.sld.cu/revistas/ali/vol12\\_2\\_98/ali07298.htm](http://bvs.sld.cu/revistas/ali/vol12_2_98/ali07298.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2007.

ROXIN, Claus. **A tutela penal da vida humana**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.03-51.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Tradução de Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.53, p.9-37, mar./abr. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Maurício de Castro Govêa da. A morte encefálica e sua repercussão no direito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.155-191.

STEDMAN, Thomas Lathrop. **Dicionário médico**. 27.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá, 2006.

THIBODEU, Gary A.; PATTON, Kevin T. **Estrutura e funções do corpo humano**. São Paulo: Manole, 2006.

VIEIRA, Alexandre R.; TAUCHER, Silvia Castillo. Edad materna y defectos del tubo neural: evidencia para un efecto mayor em espina bífida que anencefalia. **Revista Médica del Chile**, n.133, p.62-70, 2005.

ZACHARIAS, Manif. ZACHARIAS, Elias. **Dicionário de medicina legal**. Colaboração de Miguel Z. Sobrinho. 2.ed. rev. amp. São Paulo: IBRASA; Curitiba: Universitária Champagnat, 1991.



## Artigos de Jornal

APÓS liminar, 24 mulheres fizeram aborto de feto sem cérebro. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 20 out. 2004.

CAMPOS, Marco Antonio. Para dom Ladislau, liminar pode levar à legalização total. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 18 jul. 2004, Caderno Paraná, p.9.

CNBB estuda medidas para derrubar autorização de aborto. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 03 jul. 2004, Caderno Brasil, p.13.

CONSELHO apóia aborto em casos de feto sem cérebro. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 20 ago. 2004, Caderno Brasil.

CÚPULA da Igreja Católica no Brasil reage à liminar que permite interrupção de gravidez. **Gazeta do Povo**, Curitiba, p.15.

DIAS, Keyla Viana. Procuradoria Geral da República pode mudar parecer sobre aborto de anencéfalos. **Folha de S.Paulo**, 16 set. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u445425.shtml>>. Acesso em: 16 set. 2008.

GENETICISTA diz que a anencefalia é “algo extremamente freqüente”. **Notícias STF**, 28 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95145&caixaBusca=N>>. Acesso em: 25 set. 2008.

LOPES, Adriana Dias. A menina sem estrela. **Revista Veja**, p.122-123, 15 ago. 2007.

MAIS de 20 cientistas participam de audiência pública sobre células-tronco. **Ciência e Saúde**, 20 abr. 2007. Disponível em: <<http://cienciaesaude.uol.com.br/ultnot/2007/04/20/ult4477u21.jhtm>>. Acesso em: 30 abr. 2007.

MINISTRO Marco Aurélio prevê que ADPF sobre anencefalia deve ser julgada até novembro. **Notificas STF**, 26 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94998&caixaBusca=N>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

PETRY, André. Sem aborto, com dor. **Revista Veja**, São Paulo, v.37, n.43, p.244, 27 out. 2004.

ZATZ, Mayana. **O início da vida**. Disponível em: <<http://vejaonline.abril.com.br/notitia/servlet/newstorm.ns.presentation.NavigationServlet?publicationCodigo=1&pageCode=1298&textCode=139035&date=currentDate>>. Acesso em: 21 maio 2008.

## DOCUMENTOS CONSULTADOS

- BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia crítica? **Dei delitti e delle penne**, Torino: Separata, n.1, p.51-81, 1991.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BORJA ABURTO, Víctor Hugo; BERMÚDEZ CASTRO, Oscar; LACASAÑA NAVARRO, Marina; KURI, Pablo; BUSTAMANTE MONTES, Patricia; TORRES MEZA, Víctor. Dificultades en los métodos de estudio de exposiciones ambientales y defectos del tubo neural. **Salud Pública de México**, v.41, supl. 2, p.S124-S131, 1999. Disponível em: <[https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource\\_ssm\\_path=/media/asset/s/spm/v41s2/v41s2a08.pdf](https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/asset/s/spm/v41s2/v41s2a08.pdf)>. Acesso em: 06 nov. 2007.
- CERNICCHIARO, Luis Vicente. Interpretação da gravidez e o anteprojeto de reforma do Código Penal. **Revista Jurídica**, Brasília, v.8, n.174, p.27, abr. 2004.
- CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J. **A tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. Bioética e dano pré-natal. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.58, p.62-77, mar. 2000.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Direitos da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver**. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1993.
- COSTA, Sérgio; DINIZ, Débora. **Ensaio: bioética**. Brasília: Letras Livres, 2006.
- COUTINHO, Luiz Augusto. Anencefalia: novos rumos para a ciência jurídica. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Brasília, n.29, p.32-45, dez./jan. 2005.
- CUNHA, Sérgio Pereira da; DUARTE, Geraldo. **Gestação de alto risco**. Rio de Janeiro: MEDSI, 1998.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.
- DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. Limites da Ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Coord.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001. p.267-281.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 3.ed. São Paulo: RT, 1975.

\_\_\_\_\_. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**, n.38, p.5-13, dez. 1992.

FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro. Impossível a sobrevivência do feto, deve ser autorizado o aborto. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n.11, p.1, dez. 1993.

FRIGÉRIO, Marcos Valentin. Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.11, n.41, p.268-320, jan./mar. 2003.

GAYA, Soraya Taveira. Aborto de feto inviável é crime? **Revista Justiça e Cidadania**, ed. 45, p.42-45, abr. 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Nem todo aborto é criminoso. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Brasília, v.8, n.191, p.36-37, out./nov. 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

HABIB, Sérgio, O delito do abortamento: aspectos jurídicos. **Revista Jurídica**, Brasília, v.8, n.174, p.28-31, abr. 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 8.ed. rev. São Paulo: RT, 2008.

MACEDO, José Arthur Castillo de; XAVIER, Luciana Pedroso. A problemática da interrupção de gestação de fetos anencéfalos e o ordenamento jurídico brasileiro. In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFPR, 9., 2007, Curitiba, **Anais...** Curitiba: Imprensa Universitária, 2007. p.63-85.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Ampliação das liberdades públicas? **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n.137, p.11-12, abr. 2004.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e direito penal**. Porto Alegre: Sagra, 1994.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PARANHOS, Fabiana. Anencefalia, STF e mídia. **Revista Fêmea**, p.6, ago. 2004.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2.ed. São Paulo: RT, 2005.

TASSE, Adel El. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Brasília, n.27, p.28-41, ago./set. 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

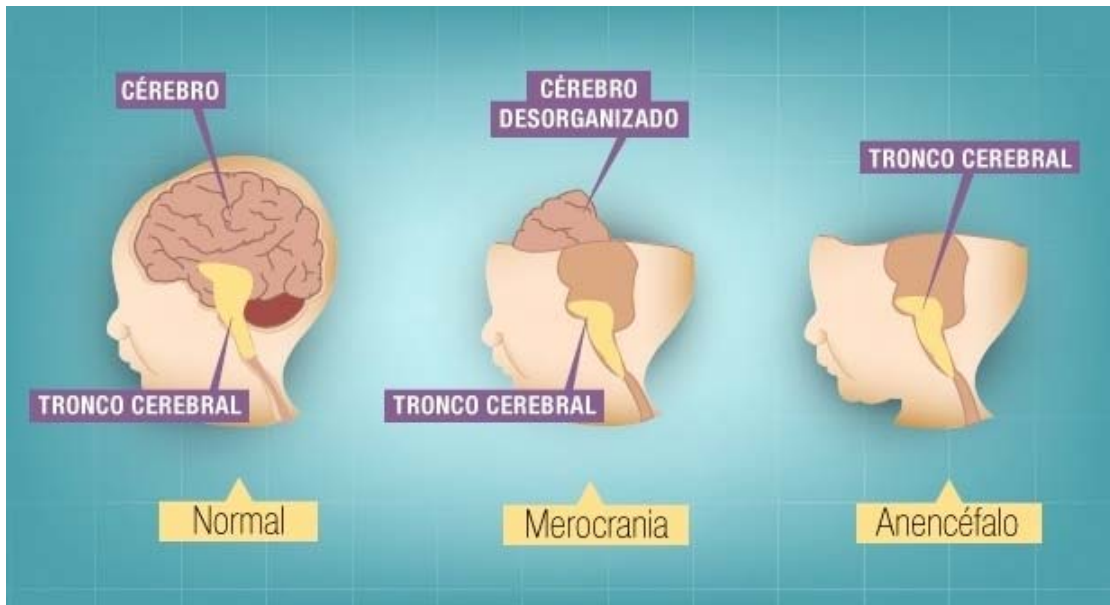
TESSARO, Anelise. A anomalia fetal incompatível com a vida como causa de justificação para o abortamento. **Revista da Ajuris: Doutrina e Jurisprudência**, v.31, n.93, p.45-60, mar. 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aborto por anomalia fetal e o direito atual. **Revista Jurídica**, Brasília, v.8, n.174, p.32-33, abr. 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A defesa da vida do nascituro condenado à morte. **Revista Jurídica**, Brasília, v.8, n.174, p.27, abr. 2004.

**ANEXO**

## DIAGRAMA DE ANENCEFALIA



FONTE: Disponível em: <<http://bio-neuro-psicologia.usuarios.rdc.puc-rio.br/embriologia-do-sistema-nervoso.html>>. Acesso em: 13 fev. 2008.

## FOTOS DE FETOS ANENCÉFALOS



FONTE: Disponível em: <<https://encrypted-tbn0.gstatic.com/images?q=tbn:AND9GcQ-RkzdOgpMQWvejRb-RyK23jvly9hBPjQxNc1KxWakSCoaajcAY>>. Acesso em: 21 mar. 2008.



FONTE: Disponível em: <[http://api.ning.com/files/rRRVJA-CsNQInwAXRcvT7A7fgjwnBqd-PkuUibu8reZAc2al8IXM7IDMv5QNZu\\*pF1u6bmAsp6HVuxuR\\*iYIV1dBAUajNGmQA/anencefalia1.jpg](http://api.ning.com/files/rRRVJA-CsNQInwAXRcvT7A7fgjwnBqd-PkuUibu8reZAc2al8IXM7IDMv5QNZu*pF1u6bmAsp6HVuxuR*iYIV1dBAUajNGmQA/anencefalia1.jpg)>. Acesso em: 21 mar. 2008.